إثبات الزواج في القانون المصري

(مقدماته - انعقاده - انحلاله)

أ.د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة المنصورة

إثبات الزواج في القانون المصري

(مقدماته- انعقاده- انحلاله)

أ.د/ محسن عبد الحميد إبراهيم البيه

مقدمة

الزواج ومشكلات الإثبات

في مسائل الأحوال الشخصية

١- الزواج سنة من سنن الله الكونية، شرع حفاظًا على النسل، وإشباعًا للغريزة الفطرية، في إطار من الاحترام والمشروعية(١).

والزواج كعقد شرعي، وميثاق غليظ بين الزوجين، أحيط بضمانات وضوابط دقيقة. كما يكون مسبوقًا بفترة تمهيدية هي فترة الخطبة، وله أركان وشروط لا يتم إلا بها. ثم إن الزواج قد يطرأ لاحقًا ما يؤدي إلى انحلاله، بسبب الموت أو الطلاق أو الفسخ.

ومع ذلك، فيحدث كثيرًا أن يثور النزاع حول هذه المسائل جميعًا، وحينئذ تظهر بوضوح أهمية الإثبات من أجل المحافظة على الحقوق، وصيانة الروابط الأسرية، والسمعة والشرف والاعتبار.

---

(١) أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨- ٢٠٠٩، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ص٣١.

وإذا كان الزواج، ومقدماته، وانحلاله، تشكل بعض مسائل الأحوال الشخصية، التي تعني بدراستها مناهج فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أننا نتناولها هنا من الجانب القانوني المتعلق بمشاكل الإثبات.

والواقع أن مصطلح الأحوال الشخصية(٢) من المصطلحات التي أثارت العديد من الخلافات الفقهية والتشريعية والقضائية، بحيث يكون من المتعذر وضع تعريف جامع مانع لها. إلا أننا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى تحديد المسائل التي تندرج ضمن هذا المصطلح في فئات أربع أساسية، تشمل بدورها مسائل فرعية متنوعة، وتتمثل هذه الفئات الأربع في الآتي:

١- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

٢- المسائل المتعلقة بنظام الأسرة، كالخطبة والزواج، وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة، ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتفريق. وكذلك المسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبني.

---

(٢) دخل مصطلح الأحوال الشخصية مصر لأول مرة، من خلال القانون المدني المختلط، الصادر في ٢٨ من يونيو سنة ١٨٧٥، والذي نص في مادته الرابعة على أن: "تظل المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالنظام المالي للزوجية وبحقوق الإرث الطبيعية والإيصائية وبالوصاية والقوامة، من اختصاص قاضي الأحوال الشخصية".

وقد استنبط الفقه من هذا النص أن قاضي الأحوال الشخصية هو الذي ينظر المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي أشار النص السابق إلى بعضها. ثم أخذ المصطلح طريقه إلى القوانين المتعاقبة، ما كان منها مصدره الشريعة الإسلامية أو شرائع غير المسلمين.

راجع في هذا الشأن: حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، ١٩٩٧، المكتبة القانونية، ص١٧. وفي المقصود بالأحوال الشخصية، والأصل التاريخي لهذا الاصطلاح، راجع مؤلفنا: الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، بند ٦، ص١٦.

٣- المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتًا.

٤- المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

يبدو مما تقدم، أن الزواج، وما يرتبط من علاقات تمهد له، وانعقاده، وانحلاله، كل ذلك يندرج ضمن أهم وأخطر مسائل الأحوال الشخصية.

٢- خطة الدراسة:

ولذلك، يكون من المفيد، ونحن بصدد معالجة مشكلة إثبات الزواج ومقدماته وانحلاله، أن نبين القواعد القانونية المنظمة لهذا الإثبات، من حيث مصدر هذه القواعد وطبيعتها، ومجال العمل بها. ولهذا، رأينا أن نخصص لدراسة هذه المسألة فصلاً تمهيديًا، ثم يتلوه ثلاثة أبواب نعالج من خلالها: إثبات مقدمات الزواج، أي الخطبة، وإثبات انعقاد الزواج وأخيرًا إثبات انحلاله. ومن هنا تكون خطة الدراسة على النحو الآتي:

فصل تمهيدي: في القواعد المنظمة للإثبات في مسائل الأحوال الشخصية.

الباب الأول: إثبات الخطبة ومقدمات الزواج.

الباب الثاني: إثبات انعقاد الزواج.

الباب الثالث: إثبات انحلال الزواج.

الباب الرابع: الوثائق الرسمية المقبولة كدليل لإثبات الزواج والطلاق والرجعة.

فصل تمهيد

في القواعد المنظمة للإثبات في مسائل الأحوال الشخصية

المبحث الأول

القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية المنظمة للإثبات

٣- من المقرر أن الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية- ومنها المسائل المتعلقة بالزواج- إنما تنظمه طائفتين من القواعد القانونية: قواعد موضوعية وأخرى إجرائية.

أ- القواعد الموضوعية:

٤- وهي القواعد التي تتناول موضوع الحق الذي يثار أمام القضاء، كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الحق، وبيان قوته وأثره القانوني. وفيما يتعلق بالإثبات فإن القواعد الموضوعية هي التي تتصل بذات الدليل كبيان شروطه الموضوعية اللازمة لصحته، وبيان قوته وأثره القانوني. ويتبع في شأنها القواعد المقررة في المذهب الحنفي[٣].

ومثال ذلك، ما توجبه لائحة المأذونين[٤]، كواجب من واجبات المأذونين الخاصة بالطلاق من أن "يقيد الطلاق بنفس الألفاظ التي صدرت من

---

(٣) نقض أحوال، ١٩٧٣/١/٢، م. م. ف، س٢٤، ص٣٠.

(٤) قرار وزير العدل بلائحة المأذونين- الوقائع المصرية، العدد ٣ ملحق في ١٩٥٥/١/١٠.

المطلق بدون تغيير فيها". فهذا إلزام بإجراء، ينظمه القانون الإجرائي، وهو هنا لائحة المأذونين. أما الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الطلاق، وبيان قوته وأثره الموضوعي فتنظمها نصوص أخرى تندرج تحت مفهوم القانون الموضوعي. مع ملاحظة، أنه توجد علاقة وثيقة بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، حيث يستطيع المشرع أن يستخدم القاعدة الإجرائية لتضييق نطاق حماية الحق الموضوعي.

والواقع، أن مسائل الأسرة، لدى المصريين المسلمين، إنما تنظمها حاليًا، مجموعة من النصوص القانونية: ويأتي في مقدمتها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، والمعدلان بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والمادة (٢٠) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، المنظمة للخلع.

ووفقًا للمادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، فإنه يعمل فيما لم يرد في شانه نص في تلك القوانين- أي قوانين الأحوال الشخصية(٥)- بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة. وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: "ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذي كانت

(٥) والتي تشمل أيضًا: قانون المواريث وقانون الوصية، وقانون الولاية على المال.

لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر ١٩٣١- طبقًا لشريعتهم- فيما لا يخالف النظام العام".

وهكذا، فإن المسائل الموضوعية للأحوال الشخصية، تسري عليها المادة الثالثة. ومن أبرز هذه المسائل القواعد المتصلة بذات الدليل، كشروط صحة الشهادة في المنازعات الأسرية المختلفة، فهذه لا تخضع لقوانين الإثبات- رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨- وإنما تخضع- فيما لم يرد بشأنها نص في قوانين الأحوال الشخصية- لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة. فنصاب الشهادة مثلاً مسألة من مسائل الأحوال الشخصية يرجع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، وكذلك شروط الشاهد، وأحيانا مضمونها، وهذا ما تواترت به أحكام النقض في مصر[٦].

ومفاد ما تقدم، أن للراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة وضعية القانون الصادر من السلطة التشريعية، فيما لم يرد بشأنه نص في غير المسائل الإجرائية، فلا يتصور أحد أن إسناد حكم ما إلى الراجح من المذهب الحنفي، هو محض اجتهاد، لأن هذا الراجح عند عدم النص، كالنص تمامًا بتمام، فهو القانون الواجب التطبيق عندئذ[٧].

---

(٦) نقض أحوال، ١٩٧٥/٦/٢٥، طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٤٠ق؛ ١٩٨٨/٦/٢٨، طعن رقم ٢٣ لسنة ٥٧ق؛ أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، ط٢٠٠٣، ص٩-١٠.

(٧) أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ٢٠٠٨- ٢٠٠٩، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ص٨.

ب- القواعد الإجرائية:

٥- يقصد بالقواعد الإجرائية- في مجال الأحوال الشخصية- تلك التي تبين حدود الإجراء، كبيان الوقائع، وكيفية التحقيق، وسماع الشهود، وإجراءات رفع الدعوى، وتنفيذ الحكم الصادر فيها وغير ذلك من الإجراءات الشكلية.

ويسري الآن- في مصر- في شان كثير من إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقف، القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وكذلك، القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤، بإنشاء محاكم الأسرة، وأيضا القانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤، بإنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة. فضلاً عن بعض اللوائح التي تنظم بعض الأوضاع والإجراءات المتعلقة بنشأة الأسرة ومنازعاتها، كلائحة المأذونين، بالنسبة لزواج المسلمين، ولائحة الموثقين المنتدبين عندما يكون أحد طرفي الزواج غير مسلم أو غير وطني. وغير ذلك من اللوائح والقرارات التنفيذية. ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات، وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

صفوة القول، إذن، أن المشرع المصري- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية- قد فرق في شأن الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، بين الدليل وإجراءات الدليل. فأخضع إجراءات الإثبات، كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية،

للقوانين المشار إليها أعلاه، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص، قانون المرافعات وقانون الإثبات. أما قواعد الإثبات المتعلقة بذات الدليل، كبيان شروطه الموضوعية اللازمة لصحته، وبيان قوته وأثره القانوني، فقد أبقاها المشرع على حالتها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، وعلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة[٨].

٦- وهكذا، فعندما أصدر المشرع المصري القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية[٩]، نصت المادة الأولى من قانون إصداره على أن: "تسري أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقف، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه، أحكام قانون المرافعات

---

(٨) أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، بند ٣٣٦، ص٨٧٢. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن التطليق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلا على رأي في مذهب أبي حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطليق لأي من هذين السببين. وإنما يقوم هذا التطليق على رأي الأئمة الآخرين، وهم الذين نقل عنهم الشرع، عندما أجاز في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق لعدم الإنفاق أو الغيبة، فإنه يكون من غير المقبول التحدي برأي الإمام أبي حنيفة في إثبات أمر لا يجيزه، ومن ثم يكون النص على الحكم المطعون عليه، تأسيسًا على أن القول الوحيد على الراجح في المذهب الحنفي في مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق لن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان، وبعدم كفاية شاهد واحد، في غير محله". نقض أحوال ١٩٦٠/٢/٢٨، م. م. ف، س١١، ص٨١.

كما قضت بأنه إذا كان إثبات وقوع الطلاق ونفيه عند المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها في إثبات وقوعه وكيف يكون مقبولاً شرعًا، فإن الحكم المطعون فيه قد طبق حكم الشريعة الإسلامية دون قانون المرافعات والقانون المدني في هذا الخصوص لا يكون قد خالف القانون. نقض أحوال، ١٩٦٢/١/٢، م. م. ف، س١٣، ص٣٢.

(٩) الجريدة الرسمية، العدد ٤ مكرر في ٢٠٠٠/١/٢٩م.

المدنية والتجارية **وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية** وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات".

وبشأن القواعد الموضوعية، نصت المادة الثالثة من قانون إصداره أيضًا على الآتي:

"تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة.

ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة، الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥- طبقًا لشريعتهم- فيما لا يخالف النظام العام.

وبالتالي، نصت المادة الرابعة من قانون الإصدار أيضًا على أن:

"تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ٦٢٨ لسنة ١٩٥٦، ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧، كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق".

واتساقًا مع هذا التطور الحديث في مجال الأحوال الشخصية، الذي يهدف إلى التيسير على المتقاضين، صدر القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤، بخصوص إنشاء محاكم الأسرة[١٠]، حيث قرر في مادته الأولى أنه: تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة يكون تعيين مقرها بقرار من وزير العدل"[١١].

كما قررت المادة الثالثة، من هذا القانون الأخير أنه: "تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقًا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادرة بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠...".

ثم نصت المادة (١٣) من قانون محاكم الأسرة على أن: "يتبع أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية القواعد والإجراءات المقررة في هذا القانون، وفي قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المشار إليه، وتطبق فيما لم يرد به نص خاص فيهما أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية **وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات".

---

(١٠) الجريدة الرسمية، العدد ١٢ تابع أ في ٢٠٠٤/٣/١٨.

(١١) وحددت بقية فقرات هذه المادة الأولى المحاكم المختصة باستئناف أحكام محكمة الأسرة، كما تولت المادة الثانية من نفس القانون تحديد تشكيل محاكم الأسرة.

٧- وبشأن القواعد الموضوعية التي تنظم، في الوقت الحالي، الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، أشرنا إلى أن المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية تنص على الآتي:

"تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

وكان المشروع التمهيدي لهذا القانون، يضيف إلى هذا النص فقرة أخيرة، ورد بها الآتي: "وذلك عدا قواعد الإثبات فيعمل في شأنها بأرجح الأقوال في المذاهب الفقهية الأربعة".

غير أن هذه الفقرة الأخيرة حذفت في الصياغة النهائية، ووردت المادة الثالثة على النحو المبين أعلاه.

ولقد جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقًا على النص بصيغته الحالية مايلي:

"ومقصود هذا النص هو أن أحكام القضاء تصدر طبقًا لما هو منصوص عليه في القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية والوقف. فإذا لم يوجد نص في هذه القوانين، فإن القاضي عليه أن يبحث عن الحكم في أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي، مقيدًا في ذلك بالمذاهب الأربعة وحدها، وهي

المذاهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، دون غيرها من مذاهب أو أقوال أخرى".

وتبرير ذلك يكمن في أن أصل هذا النص كان يقابل المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، التي كانت تحيل في حالة عدم وجود نص إلى أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، وقد رأى مجمع البحوث الإسلامية عند مناقشته لهذا النص أن الإحالة تتعلق بالإحالة إلى القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، ولقد استقى المشرع أحكام هذه القوانين من المذاهب الأربعة، ولم يقتصر على المذهب الأخير، وبسطها مع هذه المذاهب إلى المذاهب الثلاثة الأخرى دون أن يتجاوز هذا البسط المذاهب الأربعة الكبرى إلى غيرها من مذاهب أو أقوال فقهية.

وغني عن البيان أن القاضي عند لجوئه إلى هذه الإحالة، سيعمل نظره فيها وفقًا لأرجح الأقوال في المذاهب الأربعة الكبرى، واضعًا في حسبانه حكم المادة الثانية من الدستور، والتي تجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، وأحكام المواد التاسعة والعاشرة والحادية عشرة من الدستور، وهي المواد التي تناولت الأحكام الدستورية بشأن الأسرة، باعتبار أن قوانين الأحوال الشخصية الموضوعية إنما تدور في فلك هذه الأحكام.

وقد أثيرت انتقادات على نص المادة الثالثة في المشروع- قبل تعديلها بالشكل الحالي في القانون- وقد تناولت هذه الملاحظات لجنة إصلاح وتيسير

إجراءات التقاضي بشعبة العدالة والتشريع بالمجالس القومية المتخصصة بقولها: إن في الإحالة إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي فيما لم يرد به نص في القوانين، وفق ما جاء بالمادة الثالثة من مواد الإصدار بدلا من أرجح الأقوال في الفقه الحنفي ما يؤدي بالضرورة إلى اختلاف المحاكم في المسألة الواحدة بعينها، ومن ثم يتعذر تحديد محكمة النقض للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، إذ من شأن الإحالة إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي أن يكون لكل قاضي وفق منطقه أن يأخذ بالرأي الراجح من أي من المذاهب السنية الأربعة، أو من مذاهب الفقه الشيعي المتعددة، وما قد يستتبعه ذلك من خلط بين دور المشرع في وضعه القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ودور القاضي الذي ينحصر في تطبيق تلك القاعدة دون أن يكون له حق في إنشائها.

كما أن ذلك يتعارض مع التراث الذي استقرت عليه أحكام المحاكم، ووفر لدى أفراد المجتمع اعتدادًا بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة منذ صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية سنة ١٩٣١، وحتى الآن تطبيقًا لما جاء بالمادة ٢٨٠ منها، التي كانت تقرر أنه:

"تصدر الأحكام طبقًا للمدون في هذه اللائحة، ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقًا لتلك القواعد".

والحقيقة أن ما قررته المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، من حيث صدور الأحكام... فيما لم يرد بشأنه نص وفقًا لأرجح

الأقوال من مذهب أبي حنيفة، هو منهج أوفق، وخطة أحكم في نطـاق هـذا القانون، من حيث إنه قانون إجرائي يعتنق التبسيط والتيسير فـي إجـراءات القاضي، إذ من الميسور على القاضي أن يعتمد الراجح في المذهب الواحـد بدلاً من الرجوع إلى المذاهب الفقهية الأربعة جميعًـا، واسـتخلاص الـرأي الراجح منها. فضلاً عن أن المذهب الحنفي له رصيد وخبـرة عمليـة عبـر المسيرة القضائية للأحوال الشخصية، وهو الأمر الذي ييسر مهمة القاضي في بيان القاعدة القانونية واجبة التطبيق في نطاق هذا المذهب، بينما تغدو المهمة شاقة إذا ما طلب منه الرجوع إلى الرأي الراجح في المذاهب الأربعـة، مـع تعدد اجتهاداتها، وصعوبة التعرف على الرأي الراجح في كل مذهب منها.

إن ما نص عليه القانون بالنسبة لتطبيق الأحكام في مـواد الأحـوال الشخصية والوقف وفقًا للمنصوص عليه في قوانين الأحوال الشخصية أرقـام ٢٥ لسنة ١٩٢٠، و٢٥ لسنة ١٩٢٩ و ١٠٠ لـسنة ١٩٨٥، وغيرهـا مـن القوانين الموضوعية، ثم تطبيق القول الراجح في الفقه الحنفي فيما لـم يـرد بشأنه نص، هو إجراء واضح القسمات للتفرقة بـين القـوانين الموضـوعية والقوانين الإجرائية، وتحديد لنطاق واختصاص كل منها، وهو أمـر جـدير بالاهتمام، خاصة في ظل الشكاوى المستمرة من قوانين الأحوال الشخـصية بسبب بطء الإجراءات وتعقدها وتناثرها بين دفة لائحة المحـاكم الـشرعية والكتاب الرابع من قانون المرافعات وغيرها من القوانين، ومـن ثـم جـاء القانون الحالي للتغلب على هذه المثالب والثغرات.

وهكذا، فإنه في ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، يجري الإثبات، في مسائل الأحوال الشخصية، طبقًا لقواعد المذهب الحنفي، وليس المذاهب الأربعة، إذ أن هذا يتفق مع خطة القانون في التيسير والتبسيط، وكان يتعين عليه إذا أراد لإثبات وفقًا للمذاهب الأربعة أن يقوم بتقنين الرأي الراجح في المذهب غير الحنفي، لأن من شأن هذا التقنين أن يقض على أي تضارب قد ينشأ في التطبيق، ناهيك عن التيسير على المحكمة والمتقاضين. فهذا التقنين مطلوب في القواعد والأحكام كلها، بما يؤدي إلى التوحيد في القانون الحاكم بين موضوع الدعوى وإثباته تحقيقًا للتوفيق، ونبذ التخليق.

وتطبيقًا لذلك، قضت محكمة النقض أنه لا يسوغ التحدي برأي الإمام أبي حنيفة في إثبات أمر لا يجيز، وكان ذلك في قضية قبلت فيها محكمة الموضوع الإثبات بشاهد واحد في طلب التطليق لعدم الإنفاق، وبني الزوج طعنه على أن القول الوحيد لدى الأحناف أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان، وقد رفضت محكمة النقض النص تأسيسًا على أن التطليق لعدم الإنفاق وللغيبة لا يقوم أصلاً على رأي في مذهب أبي حنيفة الذي لا يقر بالإجماع التطليق لهذين السببين، وإنما يقوم هذا التطليق على رأي الأئمة الآخرين، ونقله عنهم المشرع في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (المادتان ٤، ٥)[١٢].

(١٢) نقض مدني ١٨/٢/١٩٦٠، م. م. ف، س١١، ص١٨١.

وبناءً على ذلك، فإن الإثبات فيما لم يرد بشأنه نص يكون طبقًا للرأي الراجح في المذهب الحنفي، اتساقًا مع الموضوع، وإرساءً لمبدأ التوحد بين القاعدة الموضوعية، ووسيلة الإثبات.

ويصدق ذلك على القواعد الموضوعية في قوانين الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المذاهب الأخرى، فإن إعمال قاعدة موضوعية في المذهب المالكي أو الشافعي أو الحنبلي، يتطلب الأخذ بوسائل الإثبات طبقًا لقواعد المذهب المعمول به. أما الأخذ بقاعدة موضوعية من هذا المذهب، وبقاعدة إثبات من مذهب آخر، فهو التلفيق بعينه، والانفصال بين القاعدة الموضوعية وطريقة الإثبات المقررة لها.

وعلى سبيل المثال، فقد يجيز مذهب الإثبات بالقرائن أو النكول عن اليمين أو بشاهد واحد بينما لا يأخذ به المذهب الآخر، ومن ثم فلا يكون مقبولاً تطبيق القرينة أو النكول عن اليمين أو شهادة شاهد واحد، كوسيلة إثبات على قاعدة موضوعية لمذهب لا يجيز الإثبات بأي من هذه الوسائل.

٨- توحيد قواعد الإجراءات:

نصت المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على الآتي:

"تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، ويلغي الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف

إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ و٦٢ لسنة ١٩٦٧ المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧، كما يلغي كل نص يخالف أحكام القانون المرافق".

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقًا على هذا النص ما يأتي:

وقد عددت المادة الرابعة من مواد الإصدار القوانين التي يتم إلغاؤها بإصدار هذا القانون، كما نصت على إلغاء كل حكم يخالف ما جاء فيه من أحكام.

وعلى ذلك، يكون هذا النص قد ألغى هذه الغابة المتناثرة من القوانين واللائحة الشرعية والتي كانت خليطًا فيما تضمنته من قواعد موضوعية وأخرى إجرائية، بما أسفرت عنه عدم الفصل بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي في نطاق الأحوال الشخصية، بل وفقدان العديد من القواعد الإجرائية في نطاق الأحوال الشخصية، الأمر الذي أفرز طول وتعقيد إجراءات التقاضي في منازعات الأحوال الشخصية، ومدى المعاناة التي تكبدها المتقاضين والقضاة، وهو أمر ضجت به الشكوى، من أجل إصدار قانون إجرائي في مجال الأحوال الشخصية.

وبموجب نص المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، يكون هذا القانون الأخير هو القانون الأساس لتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الواجب اتباعها لإعمال القواعد

المنصوص عليها في قوانين الأحوال الشخصية والوقف، وهو المرجع الذي يحتكم إليه لدى القاضي والمتقاضي على السواء.

أما إذا لم يوجد نص إجرائي في هذا القانون، لتنظيم بعض الأوضاع والإجراءات الخاصة بالأحوال الشخصية، فيطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتباره القانون الإجرائي العام، المنظم للإجراءات المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فيما لا يوجد بشأنه نص كما تنطبق أحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات، كما نصت على ذلك المادة الأولى في الفقرة (١) من هذا القانون.

ويحقق نص هذه المادة ميزة مؤكدة في المجال الإجرائي، من حيث وحدة المواد الإجرائية، وجمعها في قانون موحد يسهل الرجوع إليها، فضلاً عن مواكبة ما طرأ من تطورات على القوانين الموضوعية في الأحوال الشخصية، وإصلاح وتيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، والمضي قدمًا على طريق استكمال المنظومة الإجرائية وتكاملها(١٣).

ونعتقد أن هذا المعنى قد تأكد بصدور القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤، بإنشاء محاكم الأسرة(١٤)، حيث نصت المادة (٣) منه على أن: "تختص محاكم الأسرة دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد

---

(١٣) محمد الشحات الجندي، قراءة في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، طبعة ٢٠٠١- ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ص٦٠- ٦١.

(١٤) الجريدة الرسمية، العدد ١٢ تابع أ في ٢٠٠٤/٣/١٨.

الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقًا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة٢٠٠٠".

كما نصت المادة (١٢) من هذا القانون على الآتي:

"تكون محكمة الأسرة المختصة محليًا بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين مختصة محليًا، دون غيرها، بنظر جميع الدعاوى التي ترفع بعد ذلك من أيهما، أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني أو الفسخ، ...الخ".

ولاشك أن مسائل الهدايا والشبكة والمهر من بين تلك المسائل المتعلقة بالزواج ومقدماته.

ثم نصت المادة (١٣) من نفس القانون على أن:

"يتبع أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية القواعد والإجراءات المقررة في هذا القانون وفي قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المشار إليها، وتطبق فيما لم يرد به نص خاص فيها أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات".

المبحث الثاني

أدلة الإثبات الشرعية

٩- إذا كانت القواعد الموضوعية للإثبات في مسائل الأحوال الشخصية- ومنها ما يتعلق بأدلة الإثبات يرجع بشأنها، عندما لا يوجد نص في قوانين الأحوال الشخصية المشار إليها آنفًا، إلى أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة[١٥]. وكانت القوانين المشار إليها قد استقت أحكامها وقواعدها الموضوعية من الفقه الإسلامي، فإن من المهم أن نبين هنا المقصود بأدلة الإثبات في الفقه الإسلامي.

---

(١٥) والإثبات لغة مأخوذ من قولهم ثبت الشيء ثبوتًا وثباتًا من باب دخل، إذا دام واستقر. ويتعدى بالهمزة والتضعيف،فيقال أثبته وثبته، وأثبت الشيء أقره والأمر حققه وصححه والحق أقام حجته.

والثبت بسكون الباء، الشجاع الثابت القلب والعاقل الثابت الرأي. والثبت بفتح الباء، الحجة والصحيفة يثبت فيها الأدلة وفهرس الكتاب جمع أثبات.

ويسمى الدليل ثبتا، وهو يؤدي إلى استقرار الحق لصاحبه بعد أن كان متزلزلا بين المتداعيين، فيقال: "لا أحكم بكذا إلا يثبت أي إلا بحجة تثبت الشيء للمدعي".

ومفهوم الإثبات عند علماء اللغة: تأييد وجود حقيقة من الحقائق بأي دليل من الأدلة، راجع: أحمد فرج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية، ص٧.

١ - معنى الإثبات:

إن الإثبات في اصطلاح فقهاء المسلمين هو: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق أو على واقعة تترتب عليها آثار[١٦].

وهذا التعريف قريب من تعريف فقهاء القانون للإثبات بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي يحددها القانون، على واقعة قانونية محل نزاع بين الخصمين.

وتعريف فقهاء المسلمين يشير إلى أن الإثبات ينصب على الحق المطالب به أو على واقعة معينة قد يترتب على ثبوتها حق للمدعي قبل المدعي عليه.

"والفرق بين إثبات الحق وإثبات الواقعة، أن إثبات الحق يستلزم ضرورة شغل ذمة المدعي عليه. وأما الواقعة فقد يترتب على ثبوتها حق للمدعي، وقد لا يترتب عليها ذلك لوجود ما يمنع من إنشائها للحق الذي رمى إليه المدعي من إقامته للدعوى.

فمثلاً لو رفع شخص على آخر دعوى بقذفه له، فإن الواقعة المراد إثباتها هي حادثة القذف، والحق الذي يطالب به المدعي، هو إقامة الحد على

(١٦) أو كما جاء في موسوعة الفقه الإسلامي (جـ٢، ص١٣٦): إقامة الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعي عليه، وهو فعل يصدر من المدعي يبرهن على صدق دعواه.

المدعي عليه معاقبة له، إلا أن ثبوت واقعة القذف لا يستلزم ثبوت حق للمدعي، إذ قد يقيم القاذف بينه على صحة ما نسبه للمقذوف"[١٧].

ونحن نؤيد ما يأخذ به فقهاء القانون من أن الإثبات إنما ينصب، في كل الأحوال، على واقعة متنازع فيها، ولا ينصب على الحق ولا على القاعدة القانونية، حيث يستتبع ثبوت الواقعة إما ثبوت الحق، أو براءة هذا المدعي من حق يدعيه الطرف الآخر.

٢- التمييز بين الإثبات والثبوت:

الإثبات والثبوت لفظان متغايران: فالإثبات هو إقامة الدليل على ثبوت ما يدعيه المدعي قبل المدعي عليه. وهو فعل صادر من المدعي، وسواء كان هذا الدليل شهادة أو إقرارًا أو قرينة أو غير ذلك. وهذه الأدلة لا تفيد إلا ظنًا راجحًا ولا تصل إلى درجة القطع واليقين.

أما الثبوت، فهو الأمر الثابت يقينًا، أي هو وجود الأمر حقيقة بحسب الواقع. وهو وصف قائم بذات الشيء المدعي به قبل المدعي عليه. وهذا الثبوت يختلف عن الإثبات لأن الإثبات وسيلة لإظهار الأمر الثابت في الواقع ونفس الأمر ويصدر عن المدعي، وكلما كان الدليل قويًا، كانت مطابقة الحكم الذي بني عليه للواقع أكثر احتمالاً.

---

(١٧) أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص٩.

٣- حكم الإثبات على خلاف الحقيقة:

قد يتمكن المدعي من إثبات الواقعة المتنازع عليها أمام القضاء، وهي في الحقيقة ليست ثابتة؛ الإثبات بشهادة الزور، والإقرار الكاذب، واليمين الآثم، والاحتيال لأمر باطل بوجه من وجوه الحيل، حتى يصير حقًا في الظاهر ويحكم له به.

في هذه الحالة يثبت المدعي به ظاهرًا لا باطنًا، قضاءً لا ديانة، وسواء كان المحكوم به تمليك أو إزالة ملك أو إثبات نكاح أو فرقة، أو غير ذلك من سائر العقود والفسوخ. لأن قضاء القاضي لا يحرم حلالا ولا يحل حرامًا، ولأنه لا يلزم من الإثبات عند القاضي الثبوت في الواقع ونفس الأمر، ولا يحل للمحكوم له أخذ ما حكم له به ديانة.

وهذا ما يأخذ به مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية، لما رواه الجماعة عن أم سلمة أن النبي، صلى الله عليه وسلم، قال: "إنما أنا بشر وأنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى بنحو ما اسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"[١٨].

(١٨) نيل الأوطار، جـ٨؛ فتح القدير شرح صحيح البخاري،جـ٣، ص١٧٢.

وهذا الحديث يتناول بعمومه ما إذا كان الحكم موجبًا لتمليك مـال أو إزالة ملك أو إثبات نكاح أو فرقة أو نحو ذلك، مادام في الباطن على خـلاف ما استند إليه القاضي من الشهادة أو غيرها.

أما أبو حنيفة، فيرى التفرقة بين المال وبين النكاح والطلاق. فإن كان ما حكم به القاضي مالاً، وكان الأمر في الباطن بخلاف ما استند إليـه فـي الظاهر، لم يكن ذلك موجبًا لحله للمحكوم له ديانة، ويكون حرامًا عليه تناوله، وإن كان نافذًا في الظاهر.

ولقد استدل أبو حنيفة على التفرقة بين المال وبين النكاح والطـلاق، بأن الحديث الذي استند إليه الجمهور وارد في المال، فيجب حمله على المال فقط.

ويؤيده ما جاء عن الإمام علي، أن رجلاً خطب امرأة فأبت، فـادعى أنه تزوجها وأقام شاهدين، فقالت المرأة إنهما شهدا زورًا، فزوجني أنت منه، فقال شاهداك زوجاك، وأمضى عليها النكاح.

وأجيب على ذلك، بأن الإجماع قائم على أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال، وأن ما ورد عن الإمام على لم يصح عنه.

واستدل أيضًا بأن القاضي قضى بحجة شرعية فيما له ولاية الإنشاء فيه. فإذا كان القاضي لا يملك دفع مال زيد إلى بكر، إلا أنـه يملـك إنـشاء العقود والفسوخ؛ فإنه يملك إنشاء النكاح على الصغيرة والفرقة للعنين، فيجعل الحكم إنشاءً تحرزًا عن الحرام، لأنه لو لم ينفذ حكمه باطنًا لوقعنا في الحرام.

فلو حكم بالطلاق لبقيت حلالاً للزوج الأول باطنًا، وللثاني ظاهرًا، فلو ابتلى الثاني مثل ما ابتلي الأول لحلت لثالث، وهكذا فتحل لجمع متعدد في زمن واحد، وفيه من الفحش ما لا يخفى، بخلاف ما إذا قلنا بنفاذ حكم القاضي باطنًا فإنها لا تحل إلا لواحد.

وأجيب عن ذلك، بأن حكم الطلاق على خلاف الباطن يجعلها محرمة على الثاني متى كان عالما بأن الحكم بطلاقها ترتب على شهادة الزور. فإذا اعتمد الحكم وتعمد الدخول بها، فقد ارتكب محرمًا، كما لو كان الحكم بالمال فأكله، ولو ابتلى الثاني، كان حكم الثالث كذلك. والفحش إنما لزم من الإقدام على تعاطي المحرم، فكان كما لو زنوا وحدًا بعد واحد.

والراجح ما ذهب إليه القائلون إن حكم القاضي لا يحرم حلالا ولا يحل حرامًا، لأن شرط صحة الحكم وجود الحجة وإصابة المحل. وإذا كانت البينة في نفس الأمر شهود زور، لم تحصل الحجة، لأن حجة الحكم هي البينة العادلة. فإن حقيقة الشهادة إظهار الحق، وحقيقة الحكم إنفاذ ذلك. وإذا كان الشهود كذبة، لم تكن شهادتهم حقًا. على أنه ليس من ضرورة وجوب القضاء نفوذ القضاء حقيقة في باطن الأمر، وإنما يجب صيانة القضاء من الإبطال إذا صادف حجة صحيحة(١٩).

---

(١٩) فتح الباري، شرح صحيح البخاري، جـ٣، ص١٧٢- ١٧٧.

٤- المقصود بأدلة الإثبات الشرعية:

إن أدلة الإثبات الشرعية، لدى الفقه الإسلامي، إنما تتمثل في الحجج الشرعية التي يقدمها الخصوم أمام القضاء عند نظر الخصومة لإثبات دعوى المدعي[٢٠]، أو دفع المدعي عليه لهذه الدعوى أو إثبات واقعة معينة يتصل إثباتها بالفصل في الدعوى.

وكانت المادة ١٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص على أن: "الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة".

كما جاء في حكم المحكمة العليا الشرعية[٢١]، ما نصه: "المراد بالبينة ما يبين الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة".

ويقدر فقهاء المسلمين أن القضاء لكي يكون صحيحًا منطبقًا على الحق والواقع، يجب أن يكون القاضي حين يفصل في الدعوى على علم بأمرين:

الأمر الأول: أن يكون على علم تام بحكم الله تعالى في الواقعة محل النزاع، وذلك بأن يكون عالمًا بأحكام الشريعة الإسلامية من نصوصها القطعية أو

(٢٠) يعرف الفقه الإسلامي الدعوى بأنها: قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره، أو دفعه عن حق نفسه. در المنتقى شرح الملتقى، مجمع الأنهر، ج٢، ص٢٤٩. وأن الخصومة، هي الدعوى المشتملة على شرائط الصحة. رسائل ابن نجيم، ص٢٣٦، مشار إليه في: أحمد فرج حسن، أدلة الإثبات، ص١٣.

(٢١) المحكمة الشرعية العليا ٢٧ مايو سنة ١٩٥٠، في الاستئناف رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٨.

بالاجتهاد والاستنباط المبني على غلبة الظن. أو بدراسته للقوانين التي تسنها الدولة بواسطة مجالسها التشريعية والمأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية.

الأمر الثاني: أن يكون على علم تام بوقائع الدعوى التي يراد منه الفصل فيهان ويحصل للقاضي العلم بوقائع الدعوى بأحد طريقين:

الطريق الأول: أن يشاهد الحادثة بنفسه ويحيط بها علمًا إحاطة تامة، وهذا الطريق هو المصطلح على تسميته بعلم القاضي.

الطريق الثاني: أن يصل إلى خبر الحادثة بطريق التواتر المفيد للقطع واليقين.

ويقدر فقهاء المسلمون أنه بغير هذين الطريقين لا يحصل للقاضي العلم اليقيني. بيد أن توقف فصل القاضي في الدعوى على مشاهدته، أو النقل المتواتر، من شأنه أن يؤدي حتمًا إلى تعطيل مصالح الناس والإضرار بهم، وتأبيد الخصومات فيما بينهم، وإهدار حقوقهم، لأن مشاهدة القاضي للحوادث إذا تيسرت في حادثة أو حادثتين، فإنها لا تتيسر في آلاف الحوادث، فضلاً عن أنه طريق مختلف في العمل بين الفقهاء. كما أن النقل بطريق التواتر المفيد للقطع واليقين، إذا أمكن في القليل من الحوادث، فإنه لا يمكن في الأعم الأغلب منها.

لذلك، أجاز الشارع الحكيم بناء الأحكام على الحجج الظنية، وإلحاق ما يفيد الظن من الأدلة بما يفيد القطع، بعد أخذ الاحتياط في ذلك، وبذل أقصى الوسع في التثبت والتحري، فأجاز للقاضي أن يبني حكمه على شهادة

الشهود العدول، وإقرار المدعي عليه بالحق المدعي به، مع احتمـال كـذب الشهود العدول فيما شهدوا به، واحتمال كذب المقر في إقراره لغـرض مـا، نظرًا لأن جانب الصدق في شهادة العدول أرجح من جانب الكذب، ولأنه يبعد في مجاري العادات أن يكذب الإنسان في إقراره على نفسه بحق يلزمه.

ولم تقف الشريعة عن حد الشهادة والإقرار المفيدين للظن الراجح، بل توسعت في رعاية الضرورة وتقدير مواضعها، فأجازت بناء الأحكام علـى الـشهادة بالتسامع، والشهادة على الشهادة، وشهادة امرأة واحدة، فيما لا يطلـع عليـه الرجال إلى غير ذلك من الحجج والأدلة.

المبحث الثالث

أدلة الإثبات الشرعية بين التقييد والإطلاق

١٠- يوجد لدى الفقهاء المسلمين في هذا الشأن اتجاهان مشهوران، ويتمثلان في الآتي:

الاتجاه الأول: ويمثل رأي جمهور الفقهاء، حيث يرون أن أدلة الإثبات تنحصر في طائفة محددة من الأدلة، وليس للخصوم أن يقدموا أدلة غيرها، لإثبات ما يدعونه، ويطلبون الحكم به. كما أنه ليس للقاضي أن يقبل للإثبات غيرها، ولا أن يبني قضاءه على غيرها، وإلا كان قضاؤه غير صحيح ولا أساس له.

والأدلة التي حصر جمهور الفقهاء فيها الإثبات منها، ما هو متفق عليه بينهم، ومنها ما هو مختلف فيه. فأما ما اتفقوا عليها منها فهو: الشهادة والإقرار واليمين.

وأما ما اختلفوا فيه، بين موسع ومضيق، فهو: النكول عن اليمين والكتابة والقسامة، وعلم القاضي والقرينة والقيافة والقرعة. مع ملاحظة أنه يندرج تحت القرينة أنواع كثيرة منها: القيافة والفراسة ودلالة الحال أو ظاهر الحال وغير ذلك.

وقد استدل هؤلاء الفقهاء على أن أدلة الإثبات محصورة في طائفة معينة بالآتي:

١- إن النصوص، سواء من القرآن أو السنة الشريفة، وردت بالشهادة واليمين. الشهادة لإثبات المدعي دعواه، ويمين المدعي عليه عند عجز المدعي عن إثبات دعواه، لذلك وجب الاقتصار عليهما. وأما الإقرار، فهو إلزام المدعي عليه نفسه بالحق المدعي به عليه، والقضاء به مجاز، لأن الحق المدعي به، يثبت به بمجرده دون توقف على قضاء القاضي وحكمه، ولا يحتاج القاضي معه إلا إلى أن يأمر المدعي عليه المقر بالخروج عما التزمه بالإقرار، وأدائه للمدعي وعدم التعرض له. وهذا بخلاف الشهادة واليمين، فإن الحق لا يثبت معهما إلا إذا اتصل القضاء بهما(٢٢).

وقد اعترض آخرون على هذا السند، بأن الأمر بالشهادة، الذي ورد في نصوص الشريعة قصد به توثيق الحق وحفظه، ولا يلزم من ذلك أنه إذا كان هناك من وسائل الإثبات الأخرى ما يدل على الحق، أن القاضي لا يقبله. فطرق حفظ الحقوق شيء، وطرق الحكم شيء آخر، إذ هي أوسع وأعم من طرق حفظ الحقوق، فلا تلازم بين الطريقين. وعلى فرض أن النصوص قصد بها التوثيق والإثبات معا، فإنه لا دليل فيها على حصرها في هذه الطرق دون غيرها.

٢- كما استدل جمهور الفقهاء- القائلين بأن أدلة الإثبات محصورة ومقيدة- بأن من شأن إطلاق أدلة الإثبات وعدم حصرها في طائفة محددة، تطمئن

---

(٢٢) أحمد فرج حسين، أدلة الإثبات، ص١٧، والمراجع التي أشار إليها.

إليها نفوس المتقاضين، أن يؤدي ذلك الاضطراب وعـدم اسـتقامة أحـوال الناس، ويدعو إلى إطالة أمد النزاع، فيعم الفساد وتهدر الحقوق، لأن حاكمًـا ظالما لا يعدم أن يقول: ثبت عندي كذا بإمارة كذا. ومن ثـم تكـون أرواح الناس وأموالهم وأعراضهم، عرضة للضياع والإتلاف والانتهاك والأهـواء. وذلك لا يتفق ومقاصد الشريعة، التي إنما جاءت لرعايـة مـصالح النـاس، وحفظ حقوقهم، ومن هنا وجب حصر الأدلة وعدم التوسع فيها.

وقد رد على ذلك، أنصار الاتجاه الثاني، بأن حصر الأدلة إنما يـؤدي إلـى ضياع كثير من الحقوق بسبب توقف ثبوتها على دليل معين دون غيره، وفي هذا إعانة للظالم على ظلمه.

الاتجاه الثاني: وهو مذهب ابن القيم وابن فرحون المالكي، كما ذهب إليه مـن الحنفية الزيلعي في تبين الحقـائق، وعـلاء الـدين الطرابلـسي فـي معـين الأحكام[٢٣].

حيث يقدر هؤلاء الفقهاء أن أدلة الإثبات غير محصورة فـي طائفـة معينة، فلا يتقيد الخصوم في إثبات الدعاوى والدفوع والحقوق عامة بدليل أو حجة، ولا يمتنع على القاضي قبول أي دليل أو حجة تقدم إليه، متـى كانـت تؤيد الدعوى، وتثبت الحق المدعي به.

(٢٣) الطرق الحكمية، ص٢٨، ٨٣- ٨٤؛ تبصرة الأحكام، جـ١، ص٢٤٠- ٢٤١؛ تبين الحقـائق، جـ٤، ص٩١؛ معين الأحكام، ص٦٨. مشار إليها في المرجع السابق، ص١٦.

ولقد استدل ابن القيم على أن طرق القضاء غير محصورة في طائفة معينة بالآتي:

١- إن الله سبحانه وتعالى أرسله رسله، وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت إمارات العدل، وأسفر وجهه، بأي دليل كان، فثم شرع الله ودينه.

والله- سبحانه وتعالى- أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وإماراته وعلاماته بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين إمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم به عند وجودها.

٢- إن مقصود الشارع الحكيم هو إقامة العدل بين عباده، فأي طريق استخرج بها العدل، فهو دين الله وليس مخالفًا له[٢٤].

١١- ونحن نعتقد، مع البعض، أن الاتجاه الثاني القائل بعدم حصر وتقييد أدلة الإثبات الشرعية في طائفة معينة هو الرأي الراجح، لأن الغاية من القضاء هي تحقيق العدل بين الناس، وإعطاء كل ذي حق حقه. ولا تدرك هذه الغاية إلا بإتاحة الفرصة أمام صاحب الحق بأن يثبته، بأي طريق مادام ذلك ليس منهيًا عنه شرعًا.

---

(٢٤) الطرق الحكمية، ص١٦- ١٧. مشار إليه في المرجع السابق، ص١٨.

ولا خوف من القاضي الجائر أو المنحرف؛ لأن القاضي لو أخطأ في حكمه بسبب غلطه في تقدير قيمة الأدلة، ومستندات الخصوم، أو بسبب تقصير الخصوم في إقامة الدليل، أو بسبب تطبيقه نصًا خلاف النص الواجب التطبيق، أو لانحرافه عن الحق، فإن للخصوم أن يلجأوا إلى الطعن في الحكم، وهذا ما يكفل إعادة الحق إلى أربابه.

يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام- في معرض الكلام عن نقض القاضي أحكام غيره- إذا ظهر للقاضي خطأ بينًا لم يختلف فيه، وثبت ذلك عنده، رد حكمه وفسخه، كذلك له فسخ الحكم إذا كان مخالفًا لنص أو إجماع.

ويكون الأمر كذلك أيضًا، إذا كان القاضي جائرًا في أحكامه، وكان معروفًا بذلك، وهو غير عدل في حاله وسيرته، فتكون أحكامه جديرة بالرد[٢٥].

كما أنه لا خوف من إطالة أمد التقاضي؛ لإمكان تداركه وتلافيه. وذلك بوضع نظام يحدد الآجال التي عينها القاضي لكل خصم، حتى لا تطول الخصومة، أو تتأبد. وليس في ذلك افتيات على حق أحد، لأن العدل يقضي بوصول الحق إلى أصحابه في أقرب الآجال.

وفي هذا الصدد، يقول ابن فرحون في تبصرة الحكام: إن طلب الأجل مصروف إلى اجتهاد القضاة بحسب حسن النظر في أمر الخصمين. ومن

---

(٢٥) تبصرة الحكام، جـ١، ص٨٢- ٨٣.

تكرر منه طلب الأجل، فإن ظهر للقاضي صدقه، وطمع له بما يدفع عنه ما شهد به عليه، أجله أجلاً دون الأجل الأول أو مثله حسب اجتهاده وما يظهر له من حاله. وإذا لم يظهر له صدق قوله، وظهر أن طلبه الآجال للرد أو مماطلة، لم يؤد له، لأن التأجيل حينئذ ليس إلا بقصد الإضرار بخصمه فلا يجيبه إلى طلبه[٢٦].

---

(٢٦) تبصرة الحكام، جـ١، ص٢٠١- ٢٠٧.

المبحث الرابع

حساب المدد والمواعيد الإجرائية في المسائل الشرعية

١٢- تنص المادة (١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على الآتي:

"تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي".

ولقد ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقًا على هذا النص ما يأتي:

"نصت المادة (١) من المشروع على أن تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي، ويستند الحكم في ذلك إلى أن أحكام هذا القانون هي أحكام إجرائية، وضرورة التنسيق في الأحكام الإجرائية مع قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي يأخذ بالتقويم الميلادي (المادة ١٥)[٢٧] يقتضي الأخذ بهذا التقويم، وهو ما فعله من قبل القانون المدني، عندما نص في المادة الثالثة منه على أن: "تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي، ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وهذا هو ذات المنهج الذي أخذ به المشرع المصري في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، الخاص بأحكام النفقة، وبعض مسائل الأحوال الشخصية،

---

(٢٧) تنص الفقرة الأخيرة من المادة (١٥) من قانون المرافعات على الآتي: "وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالنسبة بالتقويم الشمسي ما لم ينص القانون على غير ذلك".

حين نصت المادة ٢٣ منه على أن: "المراد بالسنة في المواد من ١٢- ١٨ هي السنة التي عددها ٣٦٥ يومًا". كذلك فيما نصت عليه المادة ٧٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، بأحكام الولاية على المال، والمادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بإصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

ولاشك أن اعتماد التقويم الميلادي، من شأنه تجنب ما يمكن أن يقع من اضطراب في العمل، حيث إنه التقويم الذي تحسب به مواعيد الطلبات والطعون، وقبول أو عدم قبول الدعاوى.

ووفقًا لما يراه البعض، فإن القول بأن التقويم القمري له أساس ديني، قول محل نظر، لأن هذا التقويم هو تقويم يرتبط بالثقافة العربية وليس بالدين الإسلامي كعقيدة، فهو التقويم الذي كان معمولاً به في الجاهلية، كما استمر العمل به في الإسلام، الذي لم يدخل عليه تعديلاً إلا جعله تاريخ الهجرة، هو بداية السنة المقرية، مع الإبقاء على شهورها كما هي.

والواقع أن حساب المدد والمواعيد الإجرائية بالتقويم الميلادي في هذا القانون، مناطه إعمال قاعدة إجرائية واحدة في خصوص احتساب المدد والمواعيد الخاصة بقيد الدعاوى أمام المحاكم، وتقديم الطلبات والطعون عنصرًا جوهريًا فيها، والحد الفاصل بين قبول الإجراء من عدمه، وهو ما يمثل مصلحة أكيدة للخصوم، بلجوئهم إلى قاعدة إجرائية موحدة تطرد في قوانين الإجراءات المختلفة، لذلك كان من الضروري أن يتحقق التنسيق

والتوافق بين قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التقاضي في الأحوال الشخصية على اعتبار أنه عمدة القوانين الإجرائية، وهو المرجع في التطبيق عندما لا تنص القوانين الإجرائية الأخرى على قاعدة خاصة على المسائل التي تنظمها، كما هو الشأن مع قانون الإجراءات الجنائية والإجراءات الإدارية.

وبالتالي، فإن توحيد احتساب المدد والمواعيد بين قانون إجراءات التقاضي وقانون المرافعات والقوانين الإجرائية الأخرى، يعد مطلبًا حيويًا تستلزمه وحدة الجهاز القضائي الذي تتبعه المحاكم المدنية والتجارية ومحاكم الأحوال الشخصية، فهي تنتمي جميعًا إلى هيئة قضائية واحدة ونظام إجرائي واحد، مما يستدعي أن تتواءم قواعدها الإجرائية وأن تجري على نسق واحد، وهو أمر جد ضروري لانعقاد الخصومة وقبول الدعوى. وقد ورد نص المادة ٤/١٥ من قانون المرافعات حاسمًا في هذا الشأن، حيث قرر أنه: تحسب المواعيد المعنية بالشهر أو بالسنة بالتقويم الشمسي ما لم ينص القانون على غير ذلك، ونفس الحكم ورد أيضًا بالمادة (٣) من القانون المدني.

وقد كان هذا سائغًا من منطلق مصلحة الخصوم والتقاضي، إذ أن الخلط أو وجود بعض اللبس في هذا الصدد، يترتب عليه البطلان وعدم القبول، حيث إن التقويم الميلادي يختلف عن التقويم الهجري في عدد أيام الأشهر، فهو ما بين ٢٨ و٢٩ و٣٠ و٣١ في الأشهر الميلادية، بينما يتراوح بين ٢٩ و٣٠ في الأشهر القمرية. وهذا الفرق قد يؤدي إلى الوقوع في الخطأ

والاضطراب، لما يتمخض عنه من تفويت ميعاد قبول الدعوى أو قبول الطعن، بما يسفر عنه من فقدان مصلحة المدعين، والتضارب فيما بين حساب ميعاد الإجراء تبعًا لنوع الدعوى.

وفي ضوء ما تقدم، يمكن قبول ما نصت عيه المادة (١) تأسيسا على رعاية المصلحة، التي هي مقصود الشرع الإسلامي، وحسب تعبير ابن القيم: فحيثما تكون المصلحة فثم شرع الله. وبالتأسيس على القاعدة الفقهية: "إن الوسائل تأخذ حكم الغايات". فالوسيلة إلى ما هو ضروري تكون ضرورية، والوسيلة إلى المباح مباحة، والوسيلة إلى الحرام حرام، وهو ما جعل المقدمات تابعة للنتائج، والحق الوسيلة بالغاية، واعتبرت جزءًا منها، تأخذ حكمها، وتخضع لمقتضياتها إذا صح ذلك، أمكن القول بأن الاحتكام إلى التقويم الميلادي هو من قبيل رعاية المصلحة، وانتظام الإجراءات، ووسيلة صحيحة لاستقصاء الحقوق، وتندرج ضمن ما هو مقرر لولي الأمر من جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة، وهو باب من أبواب السياسة الشرعية، التي قوامها العدالة ورعاية مصالح الناس.

وكان حريًا بالمذكرة الإيضاحية، ألا تنزلق إلى تبرير ما جاء به النص بقولها: "إن القول بأن التقويم القمري له أساس ديني هو قول محل نظر، لأن هذا التقويم هو تقويم يرتبط بالثقافة العربية لا بالدين الإسلامي كعقيدة...الخ".

فهذا القول محل نظر، لأن إشارات النصوص في القرآن والسنة، موضعها التقويم القمري لا الشمسي، من ذلك قوله تعالى: " يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ"[٢٨]، وقوله تعالى: إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ"[٢٩].

ومن سنة الرسول صلى الله عليه وسلم حديثه الشريف: "صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته"، يعني رؤية الهلال، فالمواقيت وفق هذه النصوص تكون بالتقويم القمري، بقوة النص ودلالته، لا سبيل إلى التأويل أو النسخ فيها.

وبناء على ما تقدم، فإن التقويم القمري يكون له أساس في النصوص، وجدير بالاتباع بالنسبة للأحكام الموضوعية كالعدة، وسن البلوغ والمراجعة. وهو ما لا ينفيه النص أو يلغي الأخذ به، لأنه قصر التقويم الميلادي على المسائل الإجرائية، لا الموضوعية، كما أن الأخذ به في المسائل الإجرائية يكون له سنده الشرعي، غاية الأمر أن اعتبارات المصلحة والتناسق بين القوانين الإجرائية حدت بالمشرع إلى الأخذ بالتقويم الميلادي، وهي سياسة تشريعية مقبولة،وفي الوقت الذي تحقق فيه مصالح المتقاضين، فإنها لا تصطدم بأي من مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء.

(٢٨) سورة البقرة من الآية ١٨٩.

(٢٩) سورة التوبة من الآية (٣٦).

المبحث الخامس

حجية الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية

١٣- الأصل المقرر في المرافعات الشرعية، أن المسائل الشرعية مما تقبل التغيير والتبديل، ومن ثم فإن الأحكام الصادرة فيها لا تحوز حجية الشيء المقضي به. وأنه إذا رفضت دعوى طاعة- مثلا- لعدم شرعية المسكن، فإنه يمكن رفع دعوى أخرى بعد استيفاء شرعيته. ولكن، إذا كان مبنى رفض دعوى الطاعة عدم أمانة الزوج، فإن الراجح أن هذا القضاء يحوز حجية الشيء المقضي به، تمنع من العودة إلى هذا الطلب من جديد، لأن من ليس أمينًا على نفس الزوجة ومالها، إن كان لها مال، لا يمكن أن يكتسب صفة الأمانة بعد ذلك[٣٠]، وكذلك الشأن في دعوى التطليق. أما دعوى النفقات يتغير أساس فرضها. لذلك، فإن الأصل في الأحكام الصادرة في طلب النفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها، إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم لم تتغير. فالحكم الذي ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون[٣١]. هذا من

---

(٣٠) دمياط الابتدائية، ١٩٧٥/٣/٢٢، القضية ٨٩ لسنة ١٩٧٤، أحوال مستأنف.

(٣١) نقض أحوال (مصري) ١٩٦٩/١٠/٢٧، م. م. ف، س٢٠، ص٥٤٠؛ نقض ١٩٧٣/١/٣٠، م. م. ف، س٢٤، ص١٨٩؛ نقض ١٩٧٢/٥/٢٤؛ م. م. ف، س٢٣، ع٢، ص١٠٠٣. في نفس المعنى: تمييز كويتي، ٢٠٠٢/٣/٢٣، طعن رقم ٢٠٠١/٨ أحوال شخصية، حيث قضت بأن: الأصل في الأحكام الصادرة في بعض مسائل الأحوال الشخصية التي تقبل التغيير والتبديل بسبب

ناحية.

ومن ناحية أخرى، فقد تصدت محكمة النقض لبيان نطاق أو مدى حجية الإعلام الشرعي، حيث قضت بأن: حجية الإعلام الشرعي- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تدفع وفقًا لنص المادة٣٦١ من اللائحة الشرعية(٣٢)، بحكم من المحكمة المختصة، وهذا الحكم كما يكون في دعوى أصلية يصح أن يكون في صورة دفع أبدي في الدعوى التي يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعي، وإذا كانت الهيئة التي فصلت في هذا الدفع مختصة أصلاً بالحكم فيه، فإن قضاءها هو الذي يعول عليه ولو خالف ما ورد بالإعلام الشرعي، ولا يعد قضاؤها إهدارًا لحجية الإعلام، لأن الشارع أجاز هذا القضاء وحدا به من حجية الإعلام الشرعي الذي يصدر بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها ببحث تقوم به السلطة القضائية(٣٣).

ولا عبرة بالتحدي بأن الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية، لا تكون إلا للأحكام التي تنشئ الحالة المدنية لا الأحكام التي

تغيير الظروف، ومنها الأحكام الصادرة في النفقات، تكون ذات حجية مؤقتة، وأن تغيير الظروف أو بقاءها على حالها من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع متى كان قضاؤه قائمًا على أسباب سائغة لها أصلها في الأوراق".

(٣٢) نص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) بأن: "يكون تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة إن وجدت على وجه ما ذكر حجة في خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المحققة الشروط ما لم يصدر حكم شرعي على خلاف هذا التحقيق".

(٣٣) نقض مدني ١٩٨٠/٢/٧، م. م. ف، س١٩، ص٢١٣.

تقررها. والحكم الصادر... إذ خلع على الطاعن صفة البنوة إنما يقرر حالة لا ينشئها، ومن ثم تكون حجيته نسبية قاصرة على أطرافه لا تتعداهم إلى الغير(٣٤).

١٤- حجية الأحكام الجنائية في مسائل الأحوال الشخصية:

انقسم الفقه بشأن حجية الأحكام الجنائية في مسائل الأحوال الشخصية إلى نظريتين(٣٥):

ذهب البعض إلى أن الأحكام الجنائية في مسائل الأحوال الشخصية لا تحوز أية حجية. بينما يذهب غالبية الفقه إلى أن هذه الأحكام تحوز الحجية التي من أجلها شرعت حجية الأحكام الجنائية.

وتطبيقًا لذلك، قضت محكمة النقض، بأن الحكم الجنائي يقيد القاضي المدني فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، وأن هذه الحجية لا تثبت للأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق(٣٦).

---

(٣٤) نقض أحوال، ١٩٦٤/٣/١١، م. م. ف، س١٧، ص٣٤٠.

(٣٥) إهاب حسن إسماعيل، حجية الأحكام الجنائية في دعاوى الأحوال الشخصية، المحاماة، السنة ٣٩، العدد ١، ص٩٤ وما بعدها.

(٣٦) نقض ١٩٧٢/١٠/٣٠، م. م. ف، س٢٣، ٣٤، ص١٥٠٧.

بهذا نكون انتهينا من بيان القواعد المنظمة للإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، ومنها بطبيعة الحال الزواج، ويكون من المناسب الآن أن ننتقل لدراسة إثبات أولى المراحل التمهيدية لهذا الزواج وهي مرحلة الخطبة، وما ينشأ عنها من علاقات قانونية مالية وغير مالية.

الباب الأول

إثبات الخطبة ومقدمات الزواج

- مفهوم الخطبة:

١٤- جرت عادة الناس على أن يسبق إبرام عقد الزواج أن تكون هناك مرحلة متوسطة بين الاختيار وإبرام العقد، وهي ما تسمى بالخطبة.

وهي عادة محمودة وسنة حسنة، حتى يكون الزواج عن بينة وتآلف، ولا يكون معرضًا للانهيار فيها لو تم هكذا فجأة، دون تمهل وبلا رؤية أو تعرف على أخلاق الطرف الآخر.

والأصل أن يكون الرجل هو الخاطب؛ ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون المرأة هي الخاطبة. فماذا يقصد بالخطبة؟ وكيف يمكن إثباتها؟

تعرف الخطبة قانونًا بأنها: "وعد غير لازم، بين الرجل والمرأة، بالزواج مستقبلاً، سواء تمت بالتصريح أو بالتعريض"، أو هي، تواعد متبادل على الزواج مستقبلاً[٣٧].

---

(٣٧) والخطبة لغة: مشتقة من كلمة (خطب) مخاطبة وخطابًا، وهو الكلام بين متكلم وسامع، ومنه اشتقاق الخُطبة- بضم الخاء- في الموعظة. والخطبة بكسر الخاء- طلب التزوج بالمرأة. يقال خطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم، والاسم الخطبة بالكسر، واختطبه القوم، دعوه إلى تزويج صاحبتهم. أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور على، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ٢٠٠٨- ٢٠٠٩، ص٤٠.

والخطبة شرعًا: هي طلب المرأة للزواج بها. وقيل هي ما يفعله الخاطب من استلطاف بالقول والفعل. أو هي الذكر الذي يستدعي به إلى عقدة النكاح. والخطبة وسيلة إلى عقد الزواج، ومقدمة تسبقه. أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص والفقه، ومبادئ القضاء، ج٢٠، ٢٠٠٠، دار الفكر الجامعي، الكتاب الثاني، قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين، بند ٤٣، ص٥٥.

وقد عرفت المادة الأولى من وثيقة مسقط الخطبة بأنها: "طلب التزوج والوعد به"؛ كما

وعلى ذلك، إذا تمت الخطبة مستوفية شروطها، وحتى ولو اتفق الطرفان على المهر وقراءة الفاتحة أو تقديم الشبكة، وما أشبهه ذلك، مما يدل على رضاء الطرفين أو وليهما بالزواج مستقبلا، فإن كل ذلك لا يشكل عقدًا ملزمًا، ولا أثر له في لزوم حكم من أحكام الزواج، لأن كل ذلك مجرد وعد بالزواج ومقدمه من مقدماته، ولا يكون نقض الخطبة نقضًا لعقد الزواج، وإنما مجرد خلف لوعد يترتب عليه معصية نقض العهد. وإن كان أخلاقيًا، ليس من المناسب أن يعدل الخاطب عن الخطبة، إلا لسبب معقول يستدعي ذلك، خاصة إذا تأكد أن هذه الخطبة لن تفضي إلى حياة زوجية مستقيمة.

ويذهب جمهور فقهاء المسلمين إلى أن الخطبة وعد، وليس للوعد قوة إلزام. وقد روي عن الإمام مالك وجوب الوفاء بالوعد على خلاف الجمهور؛ ولكن هذا في غير الخطبة، لأن الخطبة مقدمة لعقد" عمري يدوم الضرر فيه"، فكان لكلا الطرفين حق الاحتياط والنظر. ثم إن الإلزام بالخطبة إكراه على الزواج ومبني الزواج الرضا الصحيح الكامل، الذي لا تشيبه شائبة[٣٨]. نعم يكره في رأي العقلاء، العدول عن الخطبة لغير غرض لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع في القبول؛ ولكنه لا يحرم لأن الحق لم يلزمهما بعد، كمن سلم سلعة ثم بدا له ألا يبيعها.

تنص المادة (٢) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت على أن: "الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبض المهر، وقبول أو تناول الهدايا".

(٣٨) زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية، من مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية، ص١٥.

ومصداقًا لذلك، قضت محكمة النقض بأن الخطبة ليست إلا تمهيدًا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدًا من المتواعدين. فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصًا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددًا بالتعويض؛ ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تامًا، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررًا ماديًا أو أدبيًا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها- بغض النظر عن العدول المجرد- أفعال ضارة موجبة التعويض"[٣٩].

وكما لا تأثير للخطبة الصحيحة على استحداث عقد الزواج، فكذلك لا تكون الخطبة التي لم تستوف شرطًا من شروطها اللازمة، مؤثرة على عقد الزواج الحادث بعدها. فإذا خطب شخص امرأة لا تزال في العدة، أو خطب على خطبة أخيه، وبعد انقضاء العدة عقد زواجه على تلك المرأة التي خطبها وهي في عدتها، صح عقد الزواج، مادام قد استكمل أركانه وشرائطه الشرعية، وترتب عليه جميع آثاره وأحكامه، وهذا ما عليه جمهور الفقه الإسلامي. فيكف يمكن إثبات الخطبة؟

(٣٩) نقض مدني ١٩٣٩/١٢/١٤، طعن رقم ١٣، س٩ق، مجموعة القواعد القانونية (المدني)، ج١، ص١١٨.

الفصل الأول

إثبات الخطبة لدى المسلمين من المصريين

١٥- إثبات الخطبة بكافة طرق الإثبات:

إن الخطبة كما سبق تعريفها، وعد، وإن كان وعد غير لازم، أي أنها اتفاق، وبعبارة أخرى، تصرف قانوني. والقاعدة العامة وفقًا لقانون الإثبات (المادة ٦٠)، أن التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها عن حد معين (ألف جنيه الآن)، أو كانت غير محددة القيمة، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة.

فهل تطبق هذه القاعدة القانونية على إثبات عقد الخطبة؟ وبحيث لا يستطيع الطرف الذي يدعي وجود خطبة بينه وبين الطرف الآخر أن يثبت ذلك إلا بدليل كتابي؟

الحقيقة، أن الخطبة، كاتفاق، لا تثير مشاكل خاصة في إثبات وجودها، لأن الغالب أن إنكار أحد الطرفين للخطبة يعني ببساطة عدم وجودها، حيث إنها تقوم على تراضي الطرفين، مع كونها غير لازمة، حيث إن وظيفتها هي التمهيد لعقد الزواج الملزم. ومن ثم، فإن إنكار أحد الطرفين لها يفيد عدم وجودها أو زوالها.

ومع ذلك، فقد يكون لأحد الطرفين مصلحة مؤكدة في إثبات سبق وجود خطبة بينه وبين الطرف الآخر، حتى يستند إليها كمبرر في طلب استرداد ما يكون قد قدمه للطرف الآخر من هدايا أو شبكة أو معجل المهر.

أو أن تكون للمرأة التي تدعى سبق خطبتها مصلحة، أن تعتمد على هذه الخطبة كمبرر لما وقع لها من تغرير جلب الضرر والعار.

حينئذ لن يلزم لإثبات وجود الخطبة تقديم دليل كتابي، لأن العرف، والعادة المستقرة مستقران على أن الخطبة لا تقتض تحرير سند كتابي لها، لا رسمي ولا عرفي، على الأقل لدى المسلمين، وذلك باستثناء بعض طوائف المسيحيين من المصريين كما سنرى لاحقًا.

وبناءً عليه، نرى أنه يقبل في إثبات وجود الخطبة كافة طرق الإثبات، بما في ذلك البينة والقرائن، ويمكن أن ينهض كقرينة، في هذا الصدد، على سبق وجود الخطبة، وجود رسائل متبادلة- بكتابة تقليدية أو إلكترونية- بين الطرفين، متى تضمنت إشارات ودلالات واضحة على وجود خطبة بين الطرفين. كما أن شهود حفل الخطبة، وبطاقات الدعوة، وغيرها من الوقائع المادية، يمكن أن تشكل قرائن واقع في هذا المجال، وإن كانت ستخضع بطبيعة الحال للسلطة التقديرية للقضاء.

١٦- العدول عن الخطبة ومدى جواز طلب التعويض عن الفسخ:

لم يتعرض السلف لمسألة التعويض عن العدول عن الخطبة، ربما- كما يرى البعض- لعدم وقوعها في عصر لم تتعقد فيه الحياة ومتطلباتها- أما الآن، فلابد من إيجاد حل يتفق وقواعد الشريعة ومبادئها، ويراعى فيه عدم الإضرار. ولقد اختلفت آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة:

ذهب فريق منهم- مؤيدًا ببعض أحكام القضاء- إلى أن العدول حق لكلا الخاطبين، ومن استعمل حقه لا يضمن، بينما ذهب فريق آخر إلى القول بحق المضرور من العدول في التعويض إعمالاً لقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، والعدول وإن كان حقًا، فإن العدول بغير مقتض يعتبر من قبيل إساءة استعمال الحق، وإساءة استعمال الحق توجب التعويض.

وأغلبية الفقه- مؤيدة بقضاء مستقر- أن العدول المجرد لا يستوجب تعويضًا، لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، إنما يثبت التعويض متى كان العدول قد ألحق بالمعدول عنه ضررًا بسبب عدوله. كأن يطلب من الطرف الآخر نوعًا خاصًا من الجهاز، فتغرم شراؤه، أو تطلب المرأة إعداد مسكن، فينفق في إعداده، دون أن يكون له في ذلك من غرض إلا إتمام الزواج منها. والمثال الأشد للضرر الأدبي أن يبرر العادل عدوله بالإساءة إلى سمعة الطرف الآخر(٤٠).

وهكذا، فإن القضاء المصري مستقر على أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يشكل خطأ يستوجب تعويضًا، ولو لحق الطرف المعدول عنه ضرر من جراء هذا العدول. وإنما يستحق هذا التعويض عما يرتكب من خطأ أو تعسف بمناسبة هذا العدول، فتنعقد مسئولية العادل لتعويض ما لحق الطرف الآخر من ضرر ومن المسلم، أن إثبات هذا الخطأ أو هذا التعسف المرتكب

(٤٠) في هذا المعنى: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص٣٥- ٣٧؛ زكريا البري، المرجع السابق، ص١٥.

بمناسبة العدول، إنما يتم بكافة طرق الإثبات، بما فيها الشهادة والقرائن. كما أن إثبات مقدار الضرر المادي والأدبي المترتب على هذا الخطأ يخضع أيضًا للقواعد العامة في الإثبات، فيكون إثبات وجود الضرر، ماديًا أو أدبيًا، ومداه على المدعي.

١٧- إثبات ما قدم من هدايا أو شبكة أو مهر معجل بمناسبة الخطبة:

إذا ادعى أحد الخطيبين- وغالبا ما يكون الرجل- أنه قدم للطرف الآخر هدايا أو شبكة أو مهرًا معجلاً، ويطالب باسترداد هذه الأموال، فكيف يتسنى له إثبات ذلك؟

من المفيد أن ننوه في البداية أن الفقه يتجه إلى اعتبار الشبكة من المهر، وذلك بمقتضى العرف المستقر في الوقت الحالي، ذلك "أن المهر يزيد أو ينقص بحسب نوع الشبكة(٤١). ولهذا، فالحكم فيها كالحكم في المهر تمامًا بتمام، ولا ينظر في الحكم إلى شخص العادل، بمعنى أنه لا نبحث عمن فض الخطبة.

من ناحية أخرى، فإن الثابت بإجماع الفقهاء، أن المهر لا يلزم إلا بمقتضى العقد، وليست الخطبة بعقد زواج(٤٢)، ومن ثم، فللخاطب أن يسترد ما عجل من مهر، وليس للمخطوبة أن تأخذ منه شيئًا لعدم حقها فيه.

(٤١) حامد شمروخ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون، ط ثانية، ١٩٩٢، ص٢٥.

(٤٢) الشيخ أحمد إبراهيم، شرح الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص٤.

فإن كان عين ما قدم من مهر قائمًا، وجب رده بعينه، وإن كان قد هلك أو استهلك وجب رد مثله إن كان من المثليات، أو قيمته يوم تقديمه إن كان من القيميات.

والراجح لدينا، أن إثبات ما قدم من مهر أو شبكة أو هدايا، يخضع للقواعد العامة في قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨. بيد أن من المناسب التساؤل عن مدى توافق هذا الحل مع ما ورد بالفقرة (٢) من المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، حيث تنص على أن "تختص المحكمة الجزئية بنظر..."دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها".

نحن نعتقد أن اختصاص محاكم الأسرة بهذه الدعاوى لا يؤثر على قواعد الإثبات واجبة التطبيق[٤٣]. ولو كانت قيمة ما يراد إثباته يجاوز نصاب اختصاص المحكمة الجزئية. وبالتالي، إذا ادعى الخاطب، مثلاً، أنه قدم للمخطوبة هدايا أو شبكة أو مهرًا معجلاً، تجاوزت قيمته ألف جنيه، وأنكرت المخطوبة أو وليها، تلقى هذه الأموال، أو أن ما أخذوه تقل قيمته عما يدعيه الخاطب، حينئذ يجب على المدعي أن يثبت تقديم هذه الأموال وقيمتها، وأن يراعى في ذلك قواعد الإثبات الواردة بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(٤٣) لصدر المشرع المصري القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤، بإنشاء محاكم الأسرة (الجريدة الرسمية العدد ١٢ تابع أ في ٢٠٠٤/٣/١٨)، حيث نصت المادة (١) منه على الآتي: "تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة، يكون تعيين مقرها بقرار من وزير العدل".

وفقًا لهذه الأخيرة، لا يجوز إثبات التصرفات القانونية، المدنية، التي تزيد قيمتها على ألف جنيه إلا بالكتابة[٤٤]، أو بما يقوم مقام الكتابة: كمبدأ الثبوت بالكتابة (المادة ٦٢ إثبات)، أو وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي، أو فقد الدائن لسنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه (المادة ٦٣/أ، ب إثبات).

ومصداقًا لما تقدم، اعتبرت محكمة النقض المصرية أن فترة الخطبة تعد بذاتها مانعًا أدبيًا يحول دون الحصول على دليل كتابي في هذا الخصوص، وتجيز الإثبات بشهادة الشهود عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون الإثبات.

وتتمثل الوقائع التي صدر بمناسبتها هذا الحكم[٤٥]، في أن الخاطب قدم للمخطوبة وشقيقها مبلغ ألفي جنيه مهرًا وشبكة، وقد حالت علاقة الخطبة باعتبارها مانعًا أدبيًا من الحصول على دليل كتابي بهذا المبلغ. ثم فسخت الخطبة بسبب خلاف بين الخاطب وشقيق المخطوبة، وامتنع هذا الأخير وشقيقته عن رد المبلغ إلى الخاطب.

وقد أيدت محكمة النقض ادعاء الخاطب، حيث قضت بأنه: "لما كانت فترة الخطبة- وعلى ما جرى به العرف- لها سمتها الخاصة التي تفرض على الخطيبين وأسرتيهما سلوكًا حميمًا آيته التودد والمجاملة بما يستهدف به

---

(٤٤) المادة ٦٠ من قانون الإثبات.

(٤٥) نقض مدني ١٠/٦/١٩٩٣، م. م. ف، س٤٤، ق٢٣٨، ص٦٢٧.

كل طرف غرس الثقة وبعث الطمأنينة لدى الطرف الآخر وهو ما لا يلائمه التعامل بالكتابة في شأن أداء المهر أو تقديم الشبكة وما في حكمها من الهدايا المتعارف عليها، فإن هذه الفترة تعد بذاتها مانعًا أدبيًا يحول دون الحصول على دليل كتابي في هذا الخصوص ويجيز الإثبات بشهادة الشهود عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون الإثبات. وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن اعتبر علاقة الخطبة وحدها مانعًا أدبيًا من الحصول على دليل كتابي لما دفع خلالها من مهر وشبكة ورتب على ذلك جواز الإثبات بالبينة، يكون قد التزم صحيح القانون"[٤٦].

وبالمراجعة المتأنية لهذا الحكم المهم، نجد أنه يشير إلى قاعدتين مهمتين:

الأولى: إن القانون الواجب التطبيق في إثبات الخطبة وما يقدم بمناسبتها من شبكة أو هدايا أو معجل المهر، إنما هو قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

الثانية: إن وجود علاقة الخطبة ذاتها، بما تفرضه من الثقة المتبادلة والمودة والتودد بين الطرفين، تعد مانعًا أدبيًا، يحول دون الحصول على دليل كتابي لما يقدم من شبكة أو مهر أو هدايا، ويخضع هذا المانع لتقدير قاضي الموضوع.

---

(٤٦) كما يلاحظ أن هذا الحكم لم يستبعد اعتبار الخطابات المتبادلة بين الخاطب وشقيق المخطوبة تصلح لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، ومن ثم التيقن من صدورها من ذوي الشأن، وأن تجعل المدعي به قريب الاحتمال.

الفصل الثاني

إثبات الخطبة لدى غير المسلمين من المصريين

١٨- تعرف شرائع غير المسلمين من المصريين نوعين من الخطبة: الأولى، هي الخطبة البسيطة التي تتفق والمفهوم العام للخطبة، وتتميز بعدم اتباع مراسيم أو طقوس دينية خاصة. والثانية هي الخبطة الرسمية. فما حكم كل نوع من هذين النوعين من حيث الإثبات؟

أولاً- الخطبة البسيطة:

١٩- يوجد هذا النوع من الخطبة لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس- التي تمثل وحدها أكثر من تسعين بالمائة من غير المسلمين المصريين- و في هذا الصدد يقول صاحب الخلاصة القانونية إنه: "إذا كانت الخطبة صارت بدون عقد أملاك رسمي، أو صارت بغير حضور كهنة وبدون إقامة صلوات رسمية واحتفال مشتهر، بل كانت مجرد اتفاق بسيط بين الفريقين، ولو أن ذلك كان بحضور كاهن؛ لكنه لم يجر الخطبة بالصلاة الرسمية. فإذا رغب أحد الفريقين عدم التزويج بالآخر فلا يجبر، بل هو يتزوج بمن يريد ولا غرامة عليه بشيء، مادامت تكون الخطبة بسيطة بدون صلاة كهنوتية رسمية"(٤٧).

(٤٧) الخلاصة القانونية، المسألة التاسعة، ص٢٧. راجع مؤلفنا: الأحوال الشخصية لغير المسلمين، طبعة ٢٠٠٧.

وباعتبار أن هذه الخطبة البسيطة لا تتبع بشأنها أية قواعد خاصة، فهي لم تنظمها الشرائع المسيحية، بل تعد مجرد اتفاق بسيط بين الخطيبين. ولذلك، فإنها تخضع للقواعد العامة في مسائل الأحوال الشخصية، وهي قواعد الشريعة الإسلامية. فعندما لا يكون محل الاتفاق قد تعرضت له الشريعة الخاصة بالتنظيم، فلا مفر من خضوعه لأحكام الشريعة الإسلامية. بعبارة أخرى، فإن الخطبة البسيطة التي لم تستوف الشرط الشكلي، تحكمها الشريعة الإسلامية، فهي وإن كانت خطبة من الناحية القانونية، إلا أنها تخضع في أحكامها للقواعد العامة التي يخضع لها المسلمون(٤٨). وهي ذات القواعد التي تنطبق على إثبات هذا النوع الأول من الخطبة. وبعبارة أخرى، فإنها ستخضع في إثباتها لقواعد قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، وبالتالي، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن.

ثانيًا- الخطبة الرسمية:

٢٠- فضلاً عن الخطبة البسيطة، فقد نظمت الشرائع الطائفية للمسيحيين في مصر نوعًا آخر من الخطبة، لا يتم إلا بطقوس وشكليات دينية محددة، وهذه هي الخطبة الرسمية. وهذه الأخيرة ليست سوى صورة من الاتفاق على إتمام الزواج في المستقبل. ولكن لا يتحقق به أي التزام بإتمام الزواج. وهي

(٤٨) أحمد سلامة، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، بند ١٩٨، ص٤٥٦.

الصورة الجائزة في الوقت الحالي، والتي تعرف بوجه عام بأنها: "عقد بين رجل وامرأة راشدين على إتمام الزواج بينهما في أجل محدد ووفقًا للطقوس والشكليات الدينية المحددة"[٤٩].

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأسرة للمسيحيين، أن الخبطة في الشريعة المسيحية عقد شكلي يقوم على رضاء طرفيه.

ويتفق هذا التعريف وما ورد في مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨، حيث عرفتها المادة الأولى بأنها: "عقد بين رجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج في أجل محدد".

كما عرفتها المادة الثانية من قانون الإنجيليين الوطنيين بأنها: "طلب التزويج، وتتم بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى راشدين على عقد زواج بينهما بالكيفية والشروط المعروفة في باب عقد الزواج...، وتثبت الخطبة بكتابة محضر ممض بشهادة شاهدين على الأقل".

يتضح لنا من هذه النصوص، أن هذا النوع من الخطبة الرسمية، لا توجد صعوبة خاصة في إثباته، حيث تستلزم هذه الشرائع الطائفية لإتمام الخطبة الرسمية، طقوس ومراسيم شكلية، فضلاً عن الشهود والكتابة، الأمر الذي يوفر الدليل على إثبات الخطبة، وإن كان ذلك لا يمنع عند المنازعة من إثباتها بكافة طرق الإثبات طبقًا للقواعد العامة. وبعبارة أخرى، فإن الكتابة

(٤٩) مشروع قانون الأسرة للمسيحيين المصريين.

اللازمة هنا لإتمام الخطبة الرسمية، لا تمنــع قانونًــا مــن إثباتهــا وجــودًا ومضمونًا، بغير الكتابة وبكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن.

الفصل الثالث

فسخ الخطبة ورد ما قدم من مهر وهدايا

٢١- إذا تمت الخطبة، فقد يتبادل الطرفان الهدايا، كما قد يقدم لخاطب للمخطوبة معجل الصداق، أو شبكة جرى العرف على أن تحسب من المهر. فإذا تم العدول عن الخطبة، فحينئذ تثور مشكلة استرداد المهر والهدايا، وهذه المسألة هي ما نعرض لها الآن.

المبحث الأول

مصير المهر والهدايا في شريعة المسلمين

أ- حكم المهر المدفوع عند الخطبة وقبل انعقاد الزواج:

٢٢- يتفق شراح الفقه الإسلامي على أن للخطاب استرداد ما عجل من مهر، سواء كان العدول عن الخطبة من جانبه أم من جانب المخطوبة. ويسترده عينه إن كان قائمًا أو يأخذ مثله إن كان مثليًا أو قيمته إن كان قيميًا، لأن المهر يجب بالعقد، كي يخرج من ملك الخاطب إلى ملك المخطوبة، ولم يوجد بعد عقد الزواج، وإنما الخطبة مجرد وعد غير لازم.

ويستطيع الخاطب إثبات ما عجل من المهر، مهما كانت قيمته، بكافة طرق الإثبات أي ولو جاوزت قيمته نصاب الإثبات بالشهادة، وهي الآن ألف جنيه. ولا تطبق هنا قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة متى تجاوزت قيمة

التصرف نصاب الإثبات بالبينة. ويرجع ذلك، وفقًا لما انتهت إليه محكمة النقض المصرية إلى أن الخطبة تعد بذاتها مانعًا أدبيًا يحول دون الحصول على دليل كتابي[٥٠]. فضلاً عن أن العرف المستقر لم يجر على حصول الخاطب على دليل كتابي بما يقدم من مهر في فترة الخطبة، بل يجري العرف على أن الخطبة لها سمتها الخاصة التي تفرض على الخطيبين وأسرتيهما سلوكًا حميمًا آيته التواد والمجاملة بما يستهدف به كل طرف غرس الثقة وبعث الطمأنينة لدى الطرف الآخر، وهو ما لا يلائمه التعامل بالكتابة في شأن المهر أو تقديم الشبكة، وما في حكمها من الهدايا المتعارف عليها. ولذلك يجوز إثبات ما عجل من المهر بشهادة الشهود والقرائن. ومن هذا القبيل، ومما يعتبر دليلاً مقبولاً في هذا الشأن، تقديم فواتير شراء الشبكة باسم الخاطب، متى كانت هذه الشبكة مقدرة من المهر وفقًا لاتفاق الطرفين ولما جرى عليه العرف.

من ناحية أخرى، إذا فسخت الخطبة وتنازع الطرفان فيما قدم، فادعى الخاطب أنه من المهر كي يكون له حق الاسترداد في جميع الأحوال، والمخطوبة وأهلها، يدعون أن ما قدم إنما كان هدية، فهي هبة لا يجوز للخاطب الرجوع فيها، إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة. حينئذ يعتبر كل طرف منهما مدعيًا ومنكرًا؛ فأيهما أقام بينة على دعواه، حكم له، لأنه

(٥٠) نقض أحوال ١٠/٦/١٩٩٣، م. م. ف، س٤٤، ق ٢٣٨، ص٦٢٧.

أثبت دعواه بالحجة والبينة بدون معارض. وإن أقام كل منهما بينة على ما ادعاه، رجحت بينة المخطوبة، لأن بينتها أثبتت خلاف الظاهر، والبينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر. والواجب هنا المهر، ثم يهدي ويتبرع وإن عجز كل منهما عن إقامة البينة حكمنا بالعرف. فمن شهد له العرف، فالقول قوله بيمينه، وحكم له إذا حلف اليمين، وإن نكل عن اليمين حكم للآخر بدعواه، لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم.

وإذا لم يوجد عرف، أو وجد عرف مشترك، بأن كان عرف بعض الناس جارٍ على أن ما قدمه إليها أثناء الخطبة يعتبر من المهر، وعرف البعض الآخر يعتبر هبة، فالقول للخاطب بيمينه لكونه المعطي، فهو أدرى بما أعطاه، إن كان مهرًا أو هدية، إلا إذا كان ما قدمه إليها مما يستنكر في العرف أن يكون مهرًا، كالطعام المهيأ للأكل، فلا يكون القول قوله بل قولها لأن الظاهر في هذه الحالة أن ما قدمه إليها هدية لا مهر، والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه(٥١).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن الخطبة ليست عقدًا ولا زواجًا ولا يترتب عليها شيء من آثار عقد الزواج، والشبكة التي تقدم للمخطوبة قد جرى العرف باعتبارها جزءًا من المهر، ومادامت الشبكة قد اعتبرت جزءًا من المهر، فإنها تأخذ حكمه، والمهر لا يستحق شرعًا إلا بعقد الزواج. فإذا لم

---

(٥١) محمد عمر عبد الله، ومحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص٧٥.

يتم الزواج بسبب فسخ الخطبة، فإنه يكون للخاطب شرعًا الحق في أن يسترد ما قدمه لمخطوبته من شبكة لأنها جزء من المهر.

وإذا حدث أن أعدت المخطوبة بهذا المهر بعض الجهاز الذي تعده عادة لاستقبال حياة الزوجية، ثم فسخت الخطبة، فقد يكون في استرداد المهر مضرة لها، وقد يرهقها من أمرها عسرًا، فيجوز لها في هذه الحالة أن تعطيه بدل المهر بعض ما اشترته من متاع باحتساب قيمته وقت الشراء وهذا ما جرى عليه العمل في مصر، حيث تنص المادة (١٨) في إحدى فقراتها على أنه: "إذا اشترت المرأة بالمهر جهازًا أو بعضه، ثم عدل الخاطب، للمرأة الخيار بين رد المهر نقدًا، أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء".

ب- حكم الهدايا:

٢٣- هدايا الخطبة هي عادة، كل ما يقدمه الخاطب إلى المخطوبة إبان فترة الخطبة بقصد التودد، وتأكيدًا للصلة الجديدة بينهما. وأكثر ما تكون المهاداة من جانب الرجل. ثم إن من الهدايا ما يبقى كالأجهزة المعمرة والمنزلية، ومنها ما يستهلك كالملابس والأطعمة.

والشبكة وإن كانت من هدايا الخطبة، إلا أنها، في الظروف المعاصرة، تكون من المهر وتأخذ حكمه وذلك في حالتين: الأولى: أن يتفق الطرفان على أن الشبكة من المهر. والثانية: أن يجري العرف على اعتبارها من المهر. وقد جرى العرف فعلاً في أغلب محافظات وأقاليم مصر على

اعتبار الشبكة جزءًا من المهر، بل تعارف الناس على نقصان المهر بقدر قيمة الشبكة عند تقديمها، وزيادته بقدرها إذا لم تقدم، لأنها ستشتري بمعرفة المخطوبة.

فإذا فسخت الخطبة، بأن عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فيثور التساؤل عن مصير ما قدم من هدايا متبادلة بينهما.

والواقع أن الفقهاء ليسوا على قول واحد من حيث تكييف الهدايا واستردادها

فذهب **الحنفية**، إلى اعتبار الهدايا هبة، وتأخذ حكمها من حيث جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع. وموانع الرجوع في الهبة، عندهم، ستة: موت الواهب أو الموهوب له، وهلاك الهبة أو استهلاكها، وخروج الهبة من ملك الموهوب له، وأخذ عوض عن الهبة، والقرابة المحرمية بين الواهب والموهوب له، وزيادة العين الموهوبة. ولا فرق عندهم بين أن يكون العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة.

كما ذهب **الشافعية**، إلى أن الهدايا قدمت على أساس إتمام الزواج، وقد حال العدول دون تمامه، وباعتبار غرضها، فإنها تأخذ حكم المهر، أي تسترد إن كانت قائمة، ويلزم مثلها أو قيمتها إن هلكت أو استهلكت.

وذهب **المالكية**، إلى التفريق بين ما إذا كان الذي عدل هو الخاطب أو المخطوبة: فإذا كان العدول من جانب المخطوبة، كان له أن يسترد الهدايا إن كانت قائمة، أو قيمتها أو مثلها إن هلكت أو استهلكت، إلا إذا قضى شرط

أو عرف بغير ذلك. ووفقًا للبعض، فإن هذا المذهب أقرب إلى العدالة من رأي الحنفية[٥٢].

ويرى المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف[٥٣]، أنه بالنسبة للهدايا، فالقائم فيها كالحلي يرد إلى مهديه، وغير القائم كالطعام والفاكهة لا يرد بدله شيء، لأن الهدية هبة، وهلاك الموهوب من موانع الرجوع فيها، لا فرق في هذا كله بين ما إذا كان العدول عن الخطبة من جانبها أو من جانبه.

والواقع، أن المالكية يعولون على الجانب النفسي للمتهادين، ما لم يكن شرط أو عرف. بمعنى أن في العدول إحداث ألم بالمعدول عن خطبته، وفي الغرامة إحداث ألم بالغارم، فلا يجمع على المعدول عنه بين ألمين، ألم العدول وألم الغرامة. وبالتالي، إن كان ثمة شرط أو عرف، عمل بمقتضاه؛ وإن لم يكن شرط أو عرف، فإن العادل يلتزم برد ما قدم إليه من هدايا، وليس له أن يسترد ما قدمه هو من هدايا حتى لا يجمع على الطرف الآخر الم العدول عن الخطبة، وألم رد الهدايا. وعلى الملتزم بالرد أن يرد عين الهدايا إن كانت قائمة، ومثلها أو قيمتها إن هلكت أو استهلكت[٥٤].

---

(٥٢) عبد العظيم شرف الدين، ص٤٨.

(٥٣) عبد الوهاب خلاف، ص٩.

(٥٤) الشيخ محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، ط دار الفكر، ص٤٠٠-٤٠٨.

ويؤيد غالبية الفقهاء المحدثين رأي المالكية حيث يقدرون أنه الأعدل من بين الآراء المذكورة لما فيه من إنصاف الطرف غير المتسبب في العدول عن الخطبة، ولما فيه من زجر لمن كان متسببا في العدول(٥٥).

ولعدالة هذا المذهب كان محل اعتبار مشروعات القوانين التي أعدت في مصر، ولكنه لم يحظ بالاعتبار في التشريع المصري، وبقي القضاء المصري أسير الراجح في المذهب الحنفي بمقتضى المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، والذي صدر بمقتضاه قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، في الوقت الذي عدلت فيه أكثر القوانين العربية- حتى التي تقتفي أثر القانون المصري عادة- عن مذهب الحنفية إلى المفتي به في مذهب الإمام مالك(٥٦).

ويقدر البعض أن الأخذ بمذهب المالكية في مصر أفضل من محاولة القضاء المصري الالتفاف حول مذهب الحنفية، بإخراج الهدايا من دائرة الأحوال الشخصية وإخضاعها لأحكام القانون المدني في الهبات فضلاً عن

---

(٥٥) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص٣٩؛ يوسف قاسم، ص٨٢؛ محمد سلام مدكور، ص٢٤؛ عبد المجيد مطلوب، أحكام الأسرة، ط١٩٨٤، ص٢٥.

(٥٦) وهو المذهب الذي أخذت به وثيقة مسقط، حيث نصت في المادة الثانية على الآتي:

لكل من الخطيبين العدول عن الخطبة.

يرد من عدل عن الخطبة دون مقتض الهدايا بعينها إن كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض، وما لم يقض العرف بغير ذلك، أو كانت مما تستهلك بطبيعتها.

إذا انتهت الخطبة الوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا".

تشدد القضاء في قبول عذر العدول عن الخطبة[٥٧]. وهذا وإن كان يصل بالمشكلة إلى مضمون فتوى المالكية، إلا أنه قاصر من ناحيتين:

أولاهما: إخراج الهدايا من دائرة الأحوال الشخصية، بيد أنها شديدة الارتباط بالخطبة الداخلة في هذه الدائرة والثانية: إنه إذ يعتبر الهدايا من الهبات، يحرم المعدول عن خطبته من استرداد ما هلك أو استهلك منها.

أما مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، فقد قرر عدم رد شيء من الهدايا إذا كان العدول من جانب الزوج، وذلك حتى يخفف الأثر النفسي المترتب على العدول. أما إذا كان العدول من جانب الخطيبة، فإن للزوج حق طلب هداياه أو قيمتها أخذًا بمذهب المالكية أيضًا.

ونعتقد أن ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية من حيث خضوع الهدايا المتبادلة بين الخاطبين لأحكام الهبة في القانون المدني، هذا الحكم لا يتأثر ولا يتغير بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بالرغم من أن

(٥٧) نقض مدني ١٩٦١/٦/٢٤، م. م. ف، س١٢، ع٢، ص٣٣٩؛ نقض مدني ١٩٦٣/١٠/٢٤، م. م. ف، س١٤، ص٩٦٧-٩٧٣، حيث قضت بأن: "الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر، ومنها الشبكة- إبان فترة الخطبة- لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية لأنها ليست ركنًا من أركان الزواج ولا شرطًا من شروطه، إذ يتم الزواج صحيحًا بدونها ولا يتوقف عليها، وتعتبر الهدايا من قبيل الهبات ويسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام القانون المدني. ومن ثم فالمعول عليه في حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في القانون المدني المادة ٥٠٠ وما بعدها.

كما قضت بأن مجرد فسخ الخطبة لا يعد بذاته عذرًا يسوغ للخاطب الرجوع في الهبة إلا إذا كان هذا الفسخ قائمًا على أسباب تبرره. طعن رقم ٢٠٠٣ لسنة ٥١ق، م. م. ف، س٣٦، ص١٢٠٠- ١٩٨٥.

المادة ٤/٩ منه تقرر أن محاكم الأحوال الشخصية تختص بنظر المسائل المتعلقة بالمهر والجهاز والشبكة.

فمن ناحية أولى، لم يشمل النص الهدايا، واقتصر على ذكر المهر والجهاز والشبكة. وهذه الأخيرة تعتبر وفقًا للعرف السائد والمستقر، من المهر وليست من الهدايا.

ومن ناحية أخرى، فإن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية بالمسائل المتعلقة بالمهر والجهاز والشبكة، لا يعني بالضرورة استبعاد القانون الموضوعي الواجب التطبيق. وإذا كان القضاء مستقر على أن الهدايا إنما هي هبات تخضع للنصوص المنظمة لعقد الهبة في القانون المدني، فإن ذلك لا يتأثر بنقل الاختصاص إلى محاكم الأسرة.

أخيرًا، فإنه بفرض اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية، فإن المذهب المعمول به، في ظل هذا القانون، هو المذهب الحنفي، وهو يلزم المخطوبة برد الهدايا سواء كان العدول من جانب الخاطب أم من جانب المخطوبة.

ولاشك أن كل ما تقدم ينعكس على قواعد إثبات ما قدم من هدايا، وقيمتها.

وهنا نذكر بأن إثبات هذه الهدايا من حيث وجودها وقيمتها إنما يتم بكل طرق الإثبات، ولا يتقيد بالدليل الكتابي، رغم كونها من الهبات. وذلك لما سبق إيضاحه من وجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي،

فضلاً عن أن العرف لم يجر على أن الخاطب عندما يقدم هدية للمخطوبة يحصل منها أو من أهلها على سند كتابي بذلك، فهذا لا ريب، يتنافى وطبيعة العلاقة الودودة المتسامحة التي تغلف علاقة الخطبة.

المبحث الثاني

مصير المهر والهدايا في شرائع غير المسلمين من المصريين

٢٤- ما مصير ما عجل من المهر والهدايا في شرائع غير المسلمين من المصريين؟

تنص المادة (١٢) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ على أنه: "إذا عدل الخطيب عن الخطبة بغير مقتض، للخاطب أن يسترد ما قدمه لها من المهر والهدايا غير المستهلكة...".

كما أن المادة (٣) من قانون الإنجيليين تقرر نفس الحكم تقريبًا، بنصها على أن: "الهدايا العينية تضيع على الناكث وتبقى للآخر، متى كان العدول دون سبب كافٍ".

وواضح أن ما تقرره هذه النصوص من أحكام يتعارض مع طبيعة الخطبة التي تجعل العدول حقًا لكل من الخطيبين، وأنه لا يجوز أن يسأل من يعدل عن تعويض ما يحدثه عدوله عن الزواج من ضرر للخطيب الآخر، إلا إذا أثبت في جانبه خطأ تقصيريًا موجبًا للمسئولية، فضلاً عن أن قواعد تقدير هذا التعويض هي قواعد القانون المدني، وليست قواعد الشرائع الدينية، على أساس أن المسألة لا تكون عندئذ من مسائل الأحوال الشخصية، وإنما من مسائل الأحوال العينية.

وهذا المعنى هو فعلاً ما أكدته محكمة النقض المصرية[٥٨]، حيث قررت أن المنازعات الخاصة بالمهر والهدايا لا تعتبر من المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي فهي من المسائل التي تخضع لأحكام القانون المدني، أي تخضع لأحكام موحدة بالنسبة لجميع المصريين بصرف النظر عن دياناتهم؟

وإذا كان الأمر كذلك، فلا يمكن تطبيق هذه النصوص التي تقضي بسقوط حق الخاطب في استرداد ما قدمه من مهر، إذا كان عدوله بغير مقتض أو بغير سبب كافٍ، حيث لن يستحق الطرف الآخر تعويضًا، إلا إذا اقترف الطرف الناكث خطأ تقصيريًا مستقلاً عن العدول ذاته، وفي حدود ما اصاب الطرف الآخر من ضرر، أي طبقًا لقواعد المسئولية المدنية التقصيرية. وحينئذ سيلزم إثبات توافر عناصر هذه المسئولية من خطأ وضرر ورابطة سببية، وإن كان هذا الإثبات يتم وفقًا للقواعد العامة.

وهكذا، فإن تقريب مبدأ جواز العدول عن مشروع الزواج من المبدأ العام القاضي بعدم جواز الإثراء على حساب الغير بدون سبب، ورد غير المستحق، سيؤدي إلى القول بإلزام من تلقى وفاء بالتزام يرتبط بإتمام الزواج، بأن يرد ما تلقاه إلى من أوفى به إذا لم يتم الزواج. وعلى ذلك فالمهر المقدم عند الخطبة يجب على المرأة رده إذا ما وقع العدول عن إتمام الزواج.

---

(٥٨) نقض مدني ١٩٦٣/١٠/٢٤، م. م. ف، س١٤، رقم ١٣٥، ص٩٦٧.

٢٥- فهل يتأثر رد المهر بوقوع خطأ من عدل عن الخطبة؟

من الثابت أن الالتزام برد المهر، في حالة العدول عن الخطبة، لا يتأثر بوقوع خطأ مصاحب للعدول من جانب الرجل الذي يطالب به، لأن أثر هذا ينحصر في إمكان التزامه بالتعويض، متى ترتب عليه ضرر للطرف الآخر؛ ولكنه لا يسقط حقه في استرداد المهر. ومع ذلك، فتجدر ملاحظة أن الانفصال بين الالتزام بالرد من جانب المرأة، وبين الالتزام بالتعويض الذي قد يقع على عاتق الرجل، لا يمنع من أعمال المقاصة، متى توافرت شروطها، بين حقي كل منهما. كما يلاحظ أن العدول بغير مقتض من جانب المرأة يؤدي- طبقًا للنصوص- إلى التزامها برد ما قدم لها من مهر، بجانب التزامها بالتعويض.

إن الأحكام السابقة تنطبق على كل المسيحيين من المصريين، لأنه إذا كانت قد وردت نصوص في هذا الشأن في شريعتي الأقباط والإنجيليين، فقد رأينا أنها لا تطبق، إلا في ذلك النطاق الذي لا تتعارض فيه مع القواعد العامة. أما شريعة الكاثوليك، فيلاحظ أن الإرادة الرسولية لم تنظم آثار انقضاء الخطبة بالنسبة للمهر. ولهذا، فهي تخضع أيضًا للقواعد العامة، للأسباب التي أوردناها من قبل[٥٩]..

(٥٩) نقض مدني، ١٩٦٣/١٠/٢٤، م. م. ف، س١٤، رقم ١٣٥، ص٩٦٧.

أما عن الهدايا التي تقدم من أحد الخطيبين للآخر، فإن المادة (١٥) من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس تقرر أنه إذا انقضت الخطبة بالوفاة، فإن الهدايا لا ترد، سواء أكان المتوفى هو الرجل الذي قدمها، أو المرأة التي تلقتها.

ولما كان ما يقدمه الخاطب للطرف الآخر يعتبر هبة عادية تخضع للقواعد العامة للهبات، وهي بالتالي من الأحوال العينية بالنسبة لسائر المصريين مسلمين وغير مسلمين. فهذا يعني أن حكمها يكون للنصوص التي أتت بها المجموعة المدنية لتنظيم الهبة وليس للشرائع الدينية.

وقد أكدت محكمة النقض هذا الحل، حيث قررت: إن الهدايا التي يقدمها أحد الخطيبين إلى الآخر أثناء فترة الخطبة تعتبر من قبيل الهبة لأنها ليست من أركان الزواج، ولا شرطًا من شروطه، إذ يتم الزواج صحيحًا بدونها، ولا يتوقف عليها. ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدًا عن المساس بعقد الزواج وهو متعلق به، ويخرج من نطاق الأحوال الشخصية(٦٠).

ولاشك أن هذا التكييف ينعكس على قواعد الإثبات، فيما يتعلق بتقديم الهدايا واستردادها، فيخضع كل ذلك للقواعد العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، مع مراعاة ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية، من حيث

(٦٠) نقض مدني، ١٩٦٣/١٠/٢٤، م. م. ف، س١٤، رقم ١٣٥، ص٩٦٧.

اعتبار فترة الخطبة في ذاتها مانعًا أدبيًا يحول دون الحصول على دليل كتابي، فيجوز الإثبات بشهادة الشهود، ولو تجاوزت قيمة ما قدم من هدايا نصاب الإثبات بالبينة.

الباب الثاني

إثبات انعقاد الزواج

٢٦- من المفيد ونحن بصدد دراسة إثبات تكوين وانعقـاد الـزواج أن نبـدأ بإعطاء نبذة مختصرة حول ماهية الزواج من حيـث تعريفـه وخصائـصه وطبيعته القانونية. ثم نعالج إثبات الزواج لدى المسلمين من المصريين، ثـم لدى غير المسلمين من المصريين.

ولذلك رأينا تقسيم هذا الباب إلى الفصول الآتية:

فصل تمهيدي: ماهية الزواج.

الفصل الأول: إثبات الزواج لدى المسلمين من المصريين.

الفصل الثاني: إثبات الزواج لدى غير المسلمين من المصريين.

فصل تمهيدي
ماهية الزواج

٢٧- تعريف الزواج:

يعرف الزواج، بوجه عام، بأنه: "ارتباط الرجل بالمرأة وفقًا للقانون بقصد إنشاء الأسرة"[٦١]، كما يعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه: "عقد يفيد المتعة قصدًا، أي يراد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ويجعل لكل منهما حقوقًا وواجبات على الآخر"[٦٢]. كما عرفه آخرون بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"[٦٣].

كما عرفته المادة الثانية من مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية بأنه: "رابطة شرعية دائمة تقوم على رضاء رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة".

كما عرفته المادة (٤) من وثيقة مسقط[٦٤] بنصها على أن:

(٦١) جميل الشرقاوي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الوطنيين والأجانب، الطبعة الثانية ١٩٦٦، ص٨٥.

(٦٢) محمد يوسف موسى، الأحوال الشخصية، بند ٣٨، ص٣٧.

(٦٣) محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، ص٤٤.

(٦٤) وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

"الزواج عقد شرعي، بين رجل وامرأة، غايته الإحصان، وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج، على أسس تكفل لها تحمل أعبائها بمودة ورحمة".

كما عرفته المادة (١) من القانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت بأن: "الزواج عقد بين رجل وامرأة، تحل له شرعًا، غايته السكن والإحصان وقوة الأمة".

ونستخلص من هذه التعريفات أن الزواج، من ناحية أولى، هو عقد بين رجل وامرأة، أي ينشأ بإيجاب وقبول متطابقين، وهذا هو ركن التراضي. ومن ناحية أخرى، فإن غاية الزواج هي السكن والمودة والرحمة بين الزوجين. ومن ناحية ثالثة، فإن الزواج يمثل الوسيلة الشرعية والقانونية لحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر. بحيث تتكون الأسرة المستقرة بما ينشئه الزواج من حقوق وواجبات متبادلة بالنسبة للزوجين والأولاد، ومن هنا تبدو بوضوح خطورة وأهمية إثبات الزواج[٦٥].

فغاية الزواج في كل المجتمعات هي تنظيم علاقة الرجل بالمرأة وتكوين الأسرة لكفالة تربية الأبناء الذين ينشأون عن هذه الأسرة، وبهذا يتم تعمير الكون بأسلوب من الطهر والصفاء، بعيدًا عن الدنس والفحش.

---

(٦٥) وعقد الزواج يطلق عليه لفظ الزواج أو النكاح، ومعنى ذلك أن مدلول كلمتي الزواج والنكاح في لسان الشرعيين واحد. وفي هذا الصدد يقال إن كلمة النكاح مرادفة لكلمة الزواج، وهي تطلق عند اللغويين على الوطء وعلى العقد له، وعلى الضم حسيًا كان أو معنويًا، كضم محسوس إلى محسوس أو ضم قول إلى قول وقد قال الحنفية إنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وقال الشافعية العكس، راجع: رمضان على الشرنباصي، أحكام عقد الزواج في الإسلام، ١٤٠٣هـ، ص١٥.

وعقد الزواج من أهم العقود في الفقه الإسلامي، حيث يتميز عن سائر العقود، فهو ليس عقد تمليك العين أو منفعة كعقد البيع والإجارة، بل هو عهد وميثاق بين الزوجين يرتبطان به ارتباطًا وثيقًا مدى الحياة. وتأكيدًا لهذا المعنى ورد في سورة النساء قوله تعالى: "وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا"(٦٦). فالزواج، إذن، ميثاق غليظ، وعقد خطير الأثر.

ولهذا، أولى الشارع الحكيم الزواج عظيم عنايته، وآية ذلك؛ ١- أنه جعل للزواج مقدمات لها أحكامها وتفاصيلها الشرعية. ٢- أنه اشترط لصحة العقد وجود شاهدين حين العقد.٣- إنه بيَّن المحرمات من النساء ومن يحل ومن يحرم التزوج بهن. ٤- إنه أوجب المهر والنفقة للزوجة، وبيّن حقوق وواجبات كل من الزوجين في المباشرة الزوجية. ٥- أنه رغّب في الزواج وحث عليه، حيث وردت الآيات الكريمات والأحاديث النبوية الشريفة التي تدعوا إلى ذلك. من ذلك قوله سبحانه وتعالى: " وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ"(٦٧). وقوله تعالى: "فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ"(٦٨).

---

(٦٦) سورة النساء، الآيتان ٢٠، ٢١.

(٦٧) سورة النور، الآية ٣٢، والأيامى جمع مفرده أيم، والأيم في اللغة: العزب ذكرًا كان أو أنثى.

(٦٨) سورة النساء، من الآية ٣.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فقد رغب عني"، كما قال صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[٦٩].

ويتجه الزواج إلى تحقيق غرضين أساسيين، يرتبطان بكيان الأمة الإسلامية:

الغرض الأول: هو تحصين النفوس بالحلال وإبعادها عن الفاحشة، حتى لا يشيع الفسق ولا ينتشر الفساد في الأمة بإعراض أفرادها، لاسيما شبابها، عن الزواج، لأن من أسباب ضعف الأمة وانحلالها انتشار الفسق والفجور بين أبنائها، كما تشهد بذلك حوادث التاريخ القديم والحديث.

وهكذا، فإن الغاية الأولى للزواج هي: إئتناس الرجل بالمرأة لتسود بينهما المودة والرحمة والتعاون على النهوض بأعباء الحياة. قال تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"[٧٠].

الغرض الثاني: هو زيادة أفراد الأمة وكثرة التناسل، لأن عزة الأمة وقوتها تتوقف إلى حد كبير على كثرة أفرادها ونمو عددها، إذ الأمة الكثيرة العدد

---

(٦٩) الوجاء مأخوذ من وجأ بمعنى قطع أي أن الصوم قاطع لشهوة من لم يستطع الزواج، وذلك لأن الصوم قاطع الشهوات لما فيه من روحانية وتقوية للإرادة وفي ذلك كف للأنفس عن الحرام. رمضان الشرنباصي، المرجع السابق، ص١٧، حاشية (٣).

(٧٠) سورة الروم، الآية ٢١.

الآخذة بأسباب العلم والرقي والتقدم والتفوق في مختلف المجـالات، تكـون مرهوبة الجانب مسموعة الكلمة بين الأمم والشعوب، فتعيش معتـزة بكثـرة عددها وبقوتها المادية والعلمية. ويرشد إلى هذا قوله صلى الله عليه وسـلم: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم".

وقال سبحانه وتعالى: "فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُواْ مَا كَتَبَ اللّهُ لَكُمْ". كما قال سبحانه وتعالى: "وَاللّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ"(٧١).

ويكفي في تعظيم شأن الزواج، أن الله، سبحانه وتعالى، جعله آية من آياته، حيث قال تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا"(٧٢). وقد جعله الرسول، صلى الله عليه وسلم، مكملاً لدين المسلم، حيث قال، صلى الله عليه وسلم: "من تزوج فقد أحرز شطر دينـه فليتـق الله فـي الشطر الآخر".

ونظرًا لعظم مكانة الزواج وخطر شأنه، فقد حرص الشرع الحنيـف على التنبيه إلى الإعلان عنه، وأن يكون ذلك بأية وسيلة مشروعة، كالضرب على الدف أو تعليق الرايات الدالة عليه أو بكثرة المصابيح أو نحو ذلك مـن

---

(٧١) سورة النحل، الآية ٧٢.

(٧٢) راجع في ذلك: هلال يوسف إبراهيم، الزواج العرفي، ١٩٩٥، ص١٥ وما بعدها.

الأمور التي يعرف بها الزواج، ولاشك أن من شأن كل ذلك، أن يتيسر إثبات الزواج، بوجود هذه المظاهر المادية والمحسوسة.

٢٨- أركان الزواج:

يقدر غالبية الفقهاء أن للزواج ركنين هما: صيغة العقد والزوجان، ولما كان وجود الصيغة شرعًا يقتضي وجود الزوجين، فقد اقتصر كثير من الفقهاء، في عداد أركان الزواج، على الصيغة فقط. وتتألف صيغة عقد الزواج، كصيغ سائر العقود من الإيجاب والقبول.

٢٩- الشهادة على الزواج:

إن عقد الزواج لكي يعتد به لابد أن يكون مشهودًا عليه، لأن الغاية من الشهود، هو الإعلان بين الناس على تواجد الزواج، لأن الشهادة هي الفيصل بين صحة الزواج وبطلانه. فمتى خلا العقد من الشهود عليه يكون باطلاً. ومن ثم اشترط أن يكونِ لعقد الزواج الشهود الذين يعلمون به، والإعلان به للكافة[٧٣].

وفي هذا، قال رسول الله، صلى الله عليه وسلم: "كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولي وشاهدا عدل".

---

(٧٣) فالزواج الفاسد أو بشبهة، وفقا للمذهب الحنفي، هو الذي لا يحضره شهود، وإن كان يترتب عليه آثار الزواج الصحيح، ومنها ثبوت النسب، بالدخول الحقيقي، نقض أحوال، ١٩٨٦/٥/٢٧، طعن رقم ١٠٠ لسنة ٥٥ق.

ومن ثم يفضل في الزواج إقامة الأفراح والزينات حتى يتوافر العلم للناس. ففي الشهادة على الزواج منع للظنون والشبهات، ودفع لقالة السوء عن الزوجين عند مشاهدة المرأة تقيم مع الرجل في معيشة واحدة؛ فالشهادة هي الفرق بين الحلال والحرام. فوجود الشهود لازم لإثبات الزوجية عند إنكارها من أحد الطرفين. ولاشك أن إثبات الزواج يترتب عليه آثار مهمة في حياة الأسرة.

فما الحكم لو طلب من الشاهدين كتمان أمر الزواج؟

اختلف الفقهاء في هذه الحالة حول صحة عقد الزواج. فقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الشهادة وحدها تكفي للإعلان، وذلك استنادًا لقول النبي، صلى الله عليه وسلم: "ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، فإن تشاجرا، فإن السلطان ولي من لا ولي له".

أما الإمام مالك، فيرى أن الشهادة وحدها لا تكفي للإعلان، وأن العقد لا ينشأ، في حالة الكتمان، بل لابد من الإعلان.

٣٠- الطبيعة القانونية لعقد الزواج وانعكاسها على قواعد إثباته:

هل عقد زواج المسلمين من المصريين عقد رضائي؟ أم أنه عقد شكلي؟

إن إجابة هذا السؤال، تبدو أهميتها في موضوعنا من حيث تاثير ذلك على طريقة إثبات عقد الزواج.

ويثور هذا التساؤل، في رأينا، لسببين:

الأول: أن المشرع المصري يستلزم، الآن، توثيق عقد الزواج، وإلا فلا تقبل، عند الإنكار، دعاوى الزوجية الناشئة عن الزواج (المادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠).

الثاني: أن من الشروط الشرعية لصحة الزواج الإشهاد.

وبالنسبة للسبب الأول، فإن المستقر فقهًا وقضاءً أن اشتراط توثيق الزواج ليس من شأنه أن ينزع عن عقد الزواج طبيعته الرضائية، خاصة وأن التوثيق إنما هو شرط إجرائي لاحق لنشوء الزواج، ويهدف في المقام الأول- كما سنرى- إلى حماية حقوق الزوجين.

ولهذا، قضت محكمة النقض بأن: عقد الزواج عقد رضائي، قوامه الإيجاب والقبول- ملزم للولي- وتطلب القانون توثيقه لا ينفي عنه طبيعته الأصلية، ولا يمس القواعد الشرعية المقررة، ولا تعارض بين الشروط الموضوعية لصحته والشروط الشكلية لتوثيقه". ثم أضافت إن "بحث الشروط الموضوعية وحسم الخلاف حولها، منوط بالقضاء دون جهة التوثيق"[٧٤].

أما بالنسبة للسبب الثاني، والخاص بتأثير الإشهاد على الزواج على طبيعة عقد الزواج، فيحتاج إلى قدر غير يسير من التفصيل لتحديد ما إذا كان زواج المسلمين من المصريين يصبح بسبب هذا الإشهاد شكليًا على نحو

---

(٧٤) نقض أحوال شخصية ١٩٩٨/١٠/١٩، طعن رقم ١٩٤، لسنة ٦٤ق.

زواج طوائف المسيحيين المصريين؟ أم يظل عقدًا رضائيًا؟ وبطبيعة الحال ينعكس أثر ذلك على طريقة إثباته.

ولذلك، يكون من المناسب أن نحدد أولاً شروط انعقاد وصحة عقد الزواج، وفقًا للراجح لدى المذاهب الإسلامية.

وفي هذا الصدد، فإن جمهور فقهاء المسلمين يرون أن للزواج طوائف أربع من الشروط: للانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم. فما المقصود بكل طائفة من هذه الطوائف الأربع؟

١-**شروط الانعقاد:** هي التي يلزم توافرها في أركان العقد، بحيث يترتب على فواتها البطلان بالاتفاق. وتنحصر في شرطين عامين:

الأول: أن تكون صيغة العقد مستوفية شروطها.

الثاني: أن يكون كل واحد من العاقدين أهلا لمباشرة العقد.

٢- **شروط الصحة:** وهي التي يلزم توافرها لترتيب الأثر الشرعي على العقد، ويترتب على فواتها فساد العقد عند الأحناف، وبطلانه عند الجمهور وتنحصر في أربعة شروط.

أ- حل تزوج الرجل بالمرأة، وقد يعبر عنه بشرط الخلو من الموانع.

ب-شرط الرضا بالزواج، وعادة ما يفصل القول فيه تحت عنوان الإجبار على الزواج.

ج- شرط الإشهاد على العقد، أي أن شرط الإشهاد على عقد الزواج ليس من شروط الانعقاد وإنما من شروط الصحة.

٣- **شروط النفاذ:** وهي التي تلزم لتنفيذ العقد بعد انعقاده وصحته، ويترتب على فواتها أن يكون العقد موقوفًا. ويشمل ذلك ان يكون لدى كل من العاقدين كامل الأهلية بالفعل، والبلوغ، وأن يكون الذي تولى إنشاء عقد الزواج له ولاية إنشائه. وألا يكون العاقد وكيلاً خالف ما وكل بشأنه.

٤- **شروط اللزوم:** وهي التي يترتب عليها استمرار العقد وبقاؤه. ويترتب على فواتها أن يكون العقد جائزًا أو غير لازم، مما يتيح لكل من طرفيه أو لغيرهما فسخه. وتتمثل في شرط: ألا تزوج البالغة العاقلة نفسها من غير كفء، وأن يكون الولي الذي يزوج فاقد الأهلية أو ناقصها هو أبوه أو جده، فإن كان المزوج غيرهما، فللزوج- الرجل أو المرأة، حسب الحالة، فسخه عند اكتمال أهليته. ويتمثل الشرط الأخير، في الخلو من العيوب المنفرة أو المضرة، أو التي تحول دون الاستمتاع إذا كانت مستحكمة.

يبدو مما تقدم أن الإشهاد على الزواج إنما يندرج ضمن شروط صحة عقد الزواج، وليس من شروط انعقاده. وفي هذا الصدد، فإن جمهور فقهاء المسلمين يرون أن الشهادة شرط في الزواج لا يصح بدونها.

ففي الحديث الصحيح، أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

وهذا الحديث وإن كان في آحاد طرقه ضعف؛ لكن مجموعها وما له من شواهد يرتقي إلى درجة الصحة(٧٥).

وفيما روي الترمذي عن ابن عباس أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"، ورواية ثقة(٧٦).

قال الشوكاني: "وظاهر الأحاديث المفضية للنفي أن الإشهاد شروط للنكاح لا يصح بدونه، لأن النفي حقيقة يتوجه إلى الذات الشرعية، فيفيد ارتفاعها بارتفاعه، وذلك معنى الشرط- وعلى فرض وجود قرينة تدل تمنع من اعتبار المعنى الحقيقي، فنفي الصحة أقرب المجازين إلى الذات، وذلك يفيد الشرطية أيضًا. قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي، صلى الله عليه وسلم، ومن بعدهم التابعين وغيرهم، قالوا: لا نكاح إلا بشهود، لم يختلفوا في ذلك إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم"(٧٧).

وفي رأي الجعفرية، فإن الإشهاد يستحب ولا يجب، قالوا: "ويقتضيه- أي عدم الإشهاد- إطلاق أدلة النكاح. وخصوص النص عند أبي جعفر- الباقر- رضي الله عنه قال: سألته عن رجل تزوج امرأة ولم يشهد؟ فقال: أما فيما بينه وبين الله عز وجل فليس عليه شيء؛ ولكن إن أخذه سلطان جائر

---

(٧٥) نيل الأوطار للشوكاني، ١٢٥/٦- ١٢٧؛ المحلي لابن حزم، ٤٧/١١ وما بعدها؛ مشار إليها في: أحمد بخيت وعبد الحليم محمد، أحكام الأسرة، ص٩٠.

(٧٦) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار، ١٢٥/٦ وما بعدها؛ مشار إليه في المرجع السابق، نفس الموضع.

(٧٧) السيل الجرار، ٢٧٠/٢؛ نيل الأوطار، ١٢٧/٦، مشار إليه في المرجع السابق، نفس الموضع.

عاقبه. ولم يخالف في ذلك إلا ابن عقيل، حيث قال باشتراط الشهادة في العقد الدائم(٧٨).

ومن ناحية أخرى، يرى جمهور الفقهاء أن الوقت الذي تلزم فيه الشهادة هو وقت العقد. بينما يرى المالكية أن الشهادة لا تشترط أن تكون وقت إنشاء العقد وساعة إجرائه، قال الشيخ الصاوي في بلغة المالك: "أصل الإشهاد على النكاح واجب، وإحضارهما- يعني الشاهدين- عند العقد مندوب، فإن حصل عند العقد فقد تحقق الأمران، الوجوب والندب، وإن فقد- الإشهاد- وقت العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات المندوب...وإن لم يوجد شهود أصلاً فالفساد قطعًا"(٧٩).

ويجري العمل في مصر على رأي الحنفية. وقد قضى بأن: المقرر في الفقه الحنفي الواجب الاتباع إنه يشترط لصحة الشهادة عدم الاختلاف فيها متى كان المشهود به قولاً ملحقًا بالفعل، من قبيل النكاح، لأنه وإن كان عبارة عن إيجاب وقبول، وهي قولان، إلا أنه يشترط لصحته حضور شاهدين وهو فعل، فالحق بالفعل(٨٠).

---

(٧٨) الوسائل، الباب ٤٣ من أبواب مقدمة النكاح وآدابه، الحديث رقم ٧، المرجع السابق، ص٩١.

(٧٩) بلغة المسالك لأقرب المسالك، ط الحلبي بمصر، ٣٧٦/١، مشار إليه في المرجع السابق، ص٩١.

(٨٠) نقض أحوال شخصية ١٩٧٧/١٢/٧، م. م. ف، س٢٨، ص١٧٦٤، طعن رقم ٦، لسنة ٤٦ق.

وتطبيقًا لذلك، قضت محكمة النقض[٨١]، بأن الزواج الذي لا يحضره شهود فاسد. كما قضت بأن: "الزواج يصح سببًا لإثبات النسب باعتباره كذلك متى حضره شهود، واستوفى أركانه وسائر شروط صحته شرعًا سواء وثق رسميًا أو أثبت بمحرر عرفي، أو كان بعقد غير مكتوب"[٨٢].

يستفاد مما قال به أصحاب المذاهب السابقة- سواء الجمهور أو المالكية- أن الإشهاد على الزواج، وإن كان يشترط لصحة الزواج، إلا أنه ليس من شأنه أن يحول عقد زواج المسلمين إلى عقد شكلي، بل يظل عقدًا رضائيًا، وإن كان وجوب الإشهاد يؤثر كثيرًا على طريقة إثبات هذا الزواج. كما أن اشتراط توثيق الزواج لا يحوله أيضًا إلى عقد شكلي، لأن اشتراط التوثيق. إنما تقدر لهدف محدد وهو عدم سماع الدعوى بهذا الزواج عند الإنكار- عدا دعوى النسب- وأنه في حالة الإقرار، تسمع الدعوى ولا يشترط التوثيق. ومع ذلك، فإن اشتراط التوثيق يوفر دليلاً قويًا لإثبات الزواج.

ومن هنا، فإننا ننتقل الآن إلى دراسة إثبات الزواج لدى المسلمين من المصريين، ثم لدى غير المسلمين من المصريين وذلك من خلال الفصلين التاليين.

الفصل الأول: إثبات الزواج لدى المسلمين من المصريين.

الفصل الثاني: إثبات الزواج لدى غير المسلمين من المصريين.

---

(٨١) نقض أحوال شخصية، ١٩٧٨/٥/٣١، م. م. ف، س٢٩، ص١٣٧٩؛ نقض أحوال شخصية ١٩٨٩/٥/٢٣، م. م. ف، س٤٠، ع٢، ص٣٧٥.

(٨٢) نقض أحوال شخصية ١٩٨٢/٣/١٦، مشار إليه في معوض عبد التواب، ط١٩٨٩، ص٨٨.

الفصل الأول

إثبات الزواج لدى المسلمين من المصريين

٣٠- إن الزواج الشرعي- كما سبق وأوضحنا- هو ذلك العقد الذي استوفى أركانه وشروطه الشرعية، من إيجاب وقبـول وولايـة وشـهادة وصـداق وإعلان[٨٣]. ومن المعلوم أن هذا الزواج هو الصيغة التي ارتضاها المجتمع، وهو الذي ظل قائمًا بين السلف والخلف بدون توثيق حتى سنة ١٩٣١. لذلك، كان الزواج غير الموثق أو ما يسمى بالزواج العرفي، هو الزواج الـشرعي، حيث تعانق الواقع والشرع، ولم يكن ثمة مغايرة بين ما هو شرعي وما هـو عرفي، لأن العرف سار على وفق الشرع وفي كنفه، وصح القول بأن الزواج العرفي هو زواج شرعي، بالنظر إلى أن الزواج العرفي متطابق مع الحقيقة الشرعية، يدور في فلكها، ويلتزم بمقرراتها.

ومن الثابت، أن الزواج الشرعي لا يقبـل الانتقـاص مـن أركانـه وشروطه التي دلت عليها النصوص، وأجمعت عليها الأمة. وبقدر الإخـلال بالأركان أو الشروط يفقد حقيقته الشرعية، أو ينتقص منها، بحـسب تخلـف ركن أو شرط. كما أنه بحسب أحكام واستيفاء الحقيقة الشرعية، يبلغ المنتهى

(٨٣) إن الزواج في اللغة هو الازدواج والاقتران والارتباط. أما الزواج في الشريعة- كما عرفـه الفقهاء "فهو عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع العقد عليها مانع شرعي (عبـد الوهـاب خلاف، ص٣)؛ أو هو "عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقًا قبل صاحبه وواجبات عليه"، أو هو: عقد وضعه الـشارع ليفيـد ملـك استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل (عبد العظيم شرف الدين، ص٧.

في التمام والكمال، كما هو الشأن فيما اشترطه القانون من توثيق العقد وتسجيله في وثيقة رسمية. إذ أن في الاستمساك بهذا الشرط ضمان للحقوق، واستيثاق لرعاية الأحكام الناشئة عن العلاقة الزوجية، وحماية الأولاد والذرية، من الفرار المفاجئ من أعباء الحياة الزوجية والحفاظ على قدسية هذا الميثاق الغليظ.

وبناءً على ما تقدم، فإن عقد الزواج إذا تم دون كتابة أو دون توثيق، فإنه يكون صحيحًا، متى استوفى شروط الانعقاد والصحة، ولا تثور مسألة الكتابة أو التوثيق إلا عند الإثبات. وعلى الأخص إنكار علاقة الزوجية من أي من طرفيها، فعندئذ لا تسمع دعوى الزوجية إلا إذا كان عقد الزواج ثابتًا في وثيقة زواج رسمية(٨٤)، سواء كان ذلك الإنكار في حياة الزوجين أم بعد وفاتهما، أو بعد وفاة أحدهما، وسواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما.

وعقد الزواج في مصر الآن- ومنذ الأول من أغسطس سنة ١٩٣١- الأصل أن يكون ثابتًا في وثيقة زواج رسمية، طبقًا للقانون، فيكون إثباته بمقتضى هذه الوثيقة.

وقد يكون مكتوبًا كتابة غير رسمية، وهذا ما يسمى بالزواج العرفي. مع مراعاة أن هذا الأخير يتم في بعض صوره شفاهة، أو يتم في صورة

(٨٤) انظر لاحقا، تفسير المادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

ورقة عرفية يحررها الزوجان ويوقعان عليها. وقد تتخذ هذه الورقة صورة إقرار من الزوج بأن هذه المرأة زوجته، ويوقع على هذا المحرر العرفي. فعقد الزواج في هذه الحالة الأخيرة، يعد زواجًا صحيحًا شرعًا وملزمًا لطرفيه، طالما لم يحدث إنكار لهذه العلاقة من الطرفين أو من أحدهما، خاصة الزوج؛ في حياتهما، أو من الغير بعد وفاتهما.

فالرأي الراجح، إذن، أن مجرد تخلف شرط الكتابة أو التوثيق لا يترتب عليه بطلان عقد الزواج العرفي أو فساده، وإنما الذي يجعله باطلاً أو فاسدًا هو تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده أو صحته، حتى يتلاقى حكم الفقه الإسلامي وحكم القانون(٨٥). وبعبارة أخرى، فإن ما يسمى بعقد الزواج العرفي إذا تم مستجمعًا ومستكملا أركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه، انعقد صحيحًا لازمًا فقهًا وقانونًا، رغم تخلف شرط الكتابة أو التوثيق، وإن ظلت مشكلة إثباته هي المشكلة الحقيقية في هذا الشأن.

ومن المفيد في دراستنا لإثبات زواج المسلمين من المصريين، أن نتعرض بالبحث أولاً لموقف الفقه الإسلامي في هذا الشأن، نظرًا للارتباط الوثيق في هذا المجال بين الفقه الإسلامي والقواعد المنظمة للزواج انعقادًا وإثباتًا. ثم يكون من المناسب دراسة موقف القانون الوضعي.

ومن هنا رأينا تقسيم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

(٨٥) الهادي السعيد عرفة، الزواج العرفي، ١٩٩٧، ص١٦٦– ١٦٧.

المبحث الأول: أدلة إثبات الزواج في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أدلة إثبات الزواج في القانون الوضعي.

المبحث الأول

أدلة إثبات الزواج في الفقه الإسلامي

٣١- إن دراسة أدلة إثبات الزواج في الفقه الإسلامي- وخاصة وفقًا للمذهب الحنفي- تحتل مكانة مهمة في قانوننا الحالي، ويرجع ذلك لسببين:

الأول: أنه في الفترة السابقة على صدور التشريعات المنظمة للأحوال الشخصية، في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، كان المعمول به، في مصر، في خصوص إثبات الزواج، هو المذهب الحنفي، وكان هو المذهب الذي تبنته مجلة الأحكام العدلية، التي طبقت في الولايات التابعة للدولة العثمانية، ومن بينها مصر.

الثاني: إن المذهب الحنفي، مازال، حتى بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠- بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات مسائل الأحوال الشخصية- له دور كبير في هذا المجال، ذلك أن المادة الثالثة من قانون إصدار هذا القانون الأخير تقرر أنه: "تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين، بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

ومن المقرر في الفقه الحنفي أن إثبات الزواج يكون بأحد أمور ثلاثة: البينة والإقرار والنكول عن اليمين. ونتولى دراسة هذه الأدلة بهذا الترتيب في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: البينة.

المطلب الثاني: الإقرار.

المطلب الثالث: النكول عن اليمين.

المطلب الأول

البينة (أو الشهادة)

٣٢- البينة أو شهادة الشهود[٨٦]، تعد في الفقه الحنفي أقوى الأدلة والحجج، لأنها حجة متعدية، والثابت بها ثابت على الكافة، ولا يثبت على المدعي عليه وحده، بل يثبت عليه وعلى من يتعدى الحكم إليه، ولها شروطها وأحكامها المقررة في فقه المرافعات الشرعية.

ونبدأ دراسة هذا الدليل ببيان المراد بالبينة أو الشهادة، وأنواع الشهادة، وشروطها، ومراتبها وذلك من خلال الفقرات التالية:

أولاً- المراد بالبينة:

٣٣- اختلف فقهاء المسلمين في تحديد المعنى المراد بالبينة، وإن كان أشهرها معنيين:

١- **المعنى الأول:** قال به جمهور الفقهاء، حيث يرون أن المراد بالبينة هي الشهادة، وإنما سميت الشهادة بينة، لما يترتب على أدائها من بيان وجه الصواب للقاضي، فيحكم بموجب ما أخبرته به.

وقد استدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة:

(٨٦) تعرف الشهادة في اصطلاح الفقهاء بأنها: "إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير". والعبرة بمضمون الشهادة وفهم القاضي للواقع وليس بألفاظ أدائها. نقض أحوال ١٩٧٥/٦/١١، م. م. ف، س٢٦، ق٢٢٦، ص١١٨٠.

١- فمن الكتاب:

أ- قوله تعالى: " وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء"[٨٧].

ب- وقوله تعالى: "وَاشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُم..." [٨٨].

ج- وقوله تعالى: واشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ"[٨٩].

- وجه الدلالة من الآيات:

دلت الآية الأولى على أن شهادة الشهود تظهر وتبين أحقية قول المدعي قبل المدعي عليه فيترجح جانبه بها.

ودلت الآيتان الثانية والثالثة على طلب الشهادة والأمر بها، وذلك لما يترتب على هذا الطلب من بيان الحق وإظهاره عند التجاحد.

من جانب آخر، اعترض الفريق الآخر على هذا الاستدلال، بالقول بأن الآيات لا تدل على انحصار البينة في الشهادة، وكل ما تدل عليه الآيات أن الشهادة طريق لها قوتها وحجيتها في حفظ الحقوق وإثباتها عند الحاجة، وقد سماها القرآن الكريم باسمها، ولم يخصها باسم البينة. فالآيات لا دلالة فيها على أن البينة هي الشهادة.

---

(٨٧) سورة البقرة، الآية رقم ٢٨٢.

(٨٨) سورة البقرة، الآية رقم ٢٨٢.

(٨٩) سورة الطلاق، الآية رقم ٢.

٢- ومن السنة:

ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[٩٠].

- وجه الدلالة من الحديث:

دل الحديث على أن المراد بالبينة الشهادة باعتبارها طريقًا للقضاء، وقابلها باليمين كطريق آخر للقضاء، وقسم الطريقين بين المدعي والمدعي عليه، ولو أريد بالبينة كل طرق القضاء لكانت شاملة لليمين، ولما صحت المقابلة ولا القسمة.

من جانب آخر، اعترض الفريق الآخر على هذا الاستدلال، بالقول، بأن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي"، أن عليه أن يقدم ما يبين الحق الذي يدعيه، سواء أكان ما يقدمه شهودًا أم غيرهم من سائر الأدلة، لأن الشارع، في جميع المواضع، يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيانات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقًا متى ظهر بدليله أبدًا، لما في ذلك من ضياع الحقوق وأنه في حالة عجز المدعي عن تقديم ما يظهر حقه ويبينه، فليس له إلا يمين المدعي عليه.

وقد استند أصحاب هذا الرأي الأول إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، فيما رواه ابن عباس رضي الله عنهما، أن هلال بن أمية قذف

---

(٩٠) رواه البيهقي بإسناد صحيح.

امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم، بشريك بن سحماء، فقال النبي، صلى الله عليه وسلم: "البينة أو حد في ظهرك"[91].

- وجه الدلالة من الحديث:

يقدر هؤلاء الفقهاء أن الحديث دل على أن المراد بالبينة التي طلبها الرسول صلى الله عليه وسلم من هلال، إنما هي الشهود، وقد دل على ذلك أن القرآن الكريم نص قبل هذه الحادثة على أن البينة هي الشهود؛ قال تبارك وتعالى: "والَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمّ لِمْ يَأْتُوا بِأرْبِعَة شُهِداء فَاجْلِدُوهُم ثَمَانِينَ جَلْدَة"[92].

وقد اعترض الفريق الآخر على هذا الاستدلال، بأن تسمية النبي، صلى الله عليه وسلم، الشهود بينة كان من أجل وقوع البيان بشهادتهم، وارتفاع الأشكال بقولهم. أو لأن الشهادة متعينة في هذا الموضوع بالنص، وهو أن رمي المحصنات لا يثبت إلا بأربعة شهداء، والشهادة فرد من أفراد البينة، وهذا لا يمنع أن يكون غيرها من الطرق من أفراد البينة أيضًا.

٢- **المعنى الثاني:** أخذ بهذا المعنى: ابن تيمية وابن القيم واختاره ابن فرحون، والزيلعي وابن الغرس وعلاء الدين الطربلسي من الحنفية[93]،

---

(٩١) نيل الأوطار، للشوكاني، جـ٦، ص٣٠٥.

(٩٢) سورة النور، الآية رقم ٤.

(٩٣) تبصرة الحكام، جـ١، ص٢٤٠؛ تبيين الحقائق، جـ٤، ص٢٩١؛ معين الأحكام، ص٦٨، مشار إليها في: أحمد فرج حسن، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ٢٠٠٤، ص٢٠.

حيث يرون أن المراد بالبينة كل ما يبين الحق ويظهره، من شهادة أو يمين أو أمارة أو غير ذلك من كل ما يؤدي إلى معرفة الحق.

وقد استدل ابن القيم على أن المراد بالبينة كل ما يبين الحق ويظهره بأن لفظ البينة لم يأت في القرآن الكريم، مرادًا به الشهادة البتة؛ وإنما أتى مرادًا به الحجة والدليل والبرهان والآية. ومن ذلك قوله تعالى:

١- "قل إني على بينة من ربى"[٩٤]، أي حجة من ربي.

٢- "أفمن كان على بينة من ربه"[٩٥]، أي كان على برهان من ربه.

٣- "فهم على بينة منه..."[٩٦]، أي على حجة ظاهرة.

٤- "حتى تأتيهم البينة"[٩٧]، والمراد بالبينة هنا بعثته صلى الله عليه وسلم، لأنه مبين للحق، وحجة ناطقة به.

٥- "ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات"[٩٨]، أي بالحجج والأدلة والبراهين والآيات. إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة التي لم يأت فيها لفظ البينة مفردة أو مجموعة بمعنى الشاهدين. ولا استعمل فيها مطلقا، ومن ثم يكون حمل

(٩٤) سورة الأنعام، الآية رقم ٧.

(٩٥) سورة هود، الآية رقم ١٧.

(٩٦) سورة فاطر، الآية رقم ٤٠.

(٩٧) سورة البينة، الآية رقم واحد.

(٩٨) سورة المائدة، الآية رقم ٣٢.

جمهور الفقهاء لفظ البينة على الشهود فقط، تخصيص بلا دليل يدل عليه، ويلزم من ذلك أن نكون قد حملنا كلام الشارع غير المراد منه.

وقول النبي، صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي"، أن عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه، فإذا أظهر صدقه بطريقة من الطرق، حكم له.

وطرق الحكم كثيرة غير محصورة. ومنها ما يكون أقوى من الشهادة كدلالة الحال على صدق المدعي. فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد وذلك كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه عمامة، وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس. يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه. فبينة الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد، فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة، ولا يضيع حقًا يعلم كل أحد ظهوره وحجته، فإذا لم يؤخذ بذلك ضاع طريق الحكم، وبالتالي يضيع كثير من الحقوق، لتوقف ثبوتها على طريق معين، ويصير الظالم الفاجر ممكنًا من ظلمه وفجوره، فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم على بذلك شاهدان اثنان[٩٩].

إن الرسول صلى الله عليه وسلم. اعتمد في الدفع على مجرد العلامة والقرينة، فقد روي أبو دواد وغيره عن جابر بن عبد الله قال: أردت السفر إلى خيبر، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: إني أريد الخروج إلى

---

(٩٩) إعلام الموقعين، جـ١، ص٩٠، ٩١، مشار إليه في: أحمد حسن فرج، المرجع السابق، ص٢٤.

خيبر. فقال: "إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقًا فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته"[100].

فهذا اعتماد في الدفع إلى الطالب على مجرد العلامة والقرينة. وإقامة لها مقام الشاهد. فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات، ودلائل الأحوال، لأنه في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقًا متى ظهر بدليله أبدًا.

والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمارة كلها ألفاظ متقاربة المعنى[101].

هذه هي أقوال الفقهاء، وأدلتهم في بيان المراد بالبينة، وبالنظر فيها يتبين أرجحها، ما ذهب إليه القائلون بأنه البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، لأنه القول الذي يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها لأن مقصودها. إقامة العدل بين الناس.

يقول ابن عقيل: السياسة الحكيمة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب للصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه رسول أو نزل به وحي.

ومقصد ابن عقيل بقوله هذا أي ليس منصوصًا عليه لكنه ليس مخالفًا لما هو منصوص عليه والله أرسل رسله، وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت إمارات العدل،

---

(100) الوسق مكيال مقداره ستون صاعًا والصاع خمسة أرطال وثلث.

(101) الطرق الحكمية، ص14، مشار إليه في: أحمد حسن فرج، المرجع السابق، ص25.

وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه. ومقصود الله إقامة العدل بين عباده. وقيام الناس بالقسط وأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليس مخالفة له(١٠٢).

هذا وقد جرى قضاء المحاكم الشرعية في مصر على اعتبار أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، نصت علي ذلك المادة ١٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بشأن لائحة المحاكم الشرعية فقالت: الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة، وجاء في حكم المحكمة العليا الشرعية الصادر بتاريخ ٢٧ مايو سنة ١٩٥٠ في قضية الاستئناف رقم ١٤ لسنة ١٩٤٨ ما نصه: المراد بالبينة ما يبين الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة.

ورغم تأييدنا لهذا المعنى الأخير الذي لا يقصر البينة على شهادة الشهود، وإنما يجعلها تشمل كل ما يبين الحق ويظهره، من شهادة أو يمين أو أمارة أو غير ذلك من كل ما يؤدى إلى معرفة الحق، إلا أنه في مجال إثبات الزواج نشير إلى أن المقصود بالبينة هو شهادة الشهود، وفقًا لما يأخذ به المذهب الحنفي، كما سبق وأشرنا آنفًا.

---

(١٠٢) نظام القضاء في الإسلام من مطبوعات المجلس العلمي لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، رقم ٢٢، ص٢١٤، ٢١٥، الطرق الحكمية، ص١٥.

ثانيًا- أنواع الشهادة في الفقه الإسلامي:

٣٤- يذكر فقهاء الشريعة الإسلامية أن للشهادة أربعة أنواع، تتمثل في الآتي:

١- **الشهادة الأصلية:** وهي تلك التي بموجبها يشهد الشاهد بما عاينه بالعين أو بالسماع بنفسه.

٢- **الشهادة بالتسامع:** وهي التي تقوم فيها الشهرة مقام المعاينة. وسنعود إلى دراستها لاحقًا.

٣- **شهادة التواتر:** وهي خبر جماعة يقع العلم بخبرهم، ولا يتصور اتفاقهم على الكذب، والتواتر حجة في النفي والإثبات، لأنه يفيد القطع واليقين، على حين أن البينات ظنية يدخلها الشك.

٤- **شهادة الاستكشاف:** وهي شهادة الإخبار الواقعة لمجرد الاستعلام واستطلاع الرأي، كإخبار أهل الخبرة والمترجم والمزكي. ولما كان إبداء الرأي في حد ذاته لا يعد شهادة، تقرر عدم اشتراط لفظ (أشهد) في مثل هذه الحالة اكتفاء بمجرد الإخبار فيمن تتوافر فيه الثقة.

ويكتفي بهذا الاستكشاف في القضاء بالنفقات على اختلاف أنواعها، أي سواء أكانت للزوجة أو الأقارب، وفي أجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشيء مما ذكر(١٠٣).

(١٠٣) تنص المادة ١٨٩ من اللائحة الشرعية على أنه:

"تكفي شهادة الاستكشاف في القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها القضاء بشيء مما ذكر".

وقد يضطر القاضي إلى الالتجاء إلى هذه الطريقة للاستعانة بها على ما يمكنه من أحكام التقدير في مواد النفقات وما يلحق بهـا إذ هـي أقـرب الوسائل للاهتداء إلى الصواب في هذه الظروف، ولا يشترط فيها ما يـشترط في الشهادة المباشرة أو السماعية، بل يكفـي أن يطمـئن القاضـي إليهـا، أو لا يطمئن إليها فيطرحها(١٠٤).

ولما كانت شهادة الاستكشاف، هي في حقيقتها، مجرد إبداء الـرأي، ومن ثم كانت لا تعد شهادة في حد ذاتها، فإنه لذلك من غير اللازم أن يقـول الشاهد (أشهد)، ولا أن يحلف يمينًا.

كما أنه ليس ما يمنع في شهادة الاستكشاف إحالة دعـاوى النفقـات وأجور الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التي يتوقف عليها شيء مـن ذلك إلى التحقيق وتمكين المدعي عليه من النفي بشهادة الشهود أخذًا بالمبـدأ العام والأساس الذي تقرره المادة ٦٩ من قانون الإثبات، والواجب الأخذ بـه دائمًا، وهو مبدأ المواجهة، ومن مقتضاه أنه إذا سمح للخصم بإثبات دعـواه بشهادة الشهود، فيكون للخصم الآخر نفي هذا الادعاء بنفس الطريق.

وشهادة الاستكشاف كافية في فرض النفقة بأنواعها، علـى أنـه قـد تفرض النفقة بدون شهود أصلا اكتفاء بوثيقة الزواج التي لم تكن دالة إلا على

---

(١٠٤) أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد، شرح اللائحة الشرعية، ص٣٦٤.

مجرد الزوجية[١٠٥]. كما درجت المحاكم الجزئية في إثبات المسكن بشهادة الاستكشاف، لأن لفظ المادة يحتمل ذلك، فلا يكون ترك تحليف الشاهدين مبطلاً لشهادتهما[١٠٦].

ثالثًا- شروط الشهادة في الفقه الإسلامي:

٣٥- إن الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسماع، بنفسه. واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب، ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين، أو على قول مرجوح، أجازوا فيها الشهادة بالتسامع من الناس وإن لم يعاينه بنفسه، وهي ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة، أو هي استحسان. والموجه فيها أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم. وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، ويقترن بها في العادة ما تشتهر به، فنزلت الشهرة في كل منها منزلة العيان، والناس يعتمدون فيها على الخبر، فكان الخبر مسوغًا للشهادة، ولو لم تقبل قد يؤدي ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام، والحرج مدفوع شرعًا. ومع ذلك، فإنهم لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد به أمرًا متواترًا

---

(١٠٥) أبو قرقاص الشرعية، جلسة ١٩٢٩/١٢/١٢، المحاماة الشرعية، السنة ١٨، ص٤٣٥ وما بعدها.

(١٠٦) السيدة زينب الشرعية، جلسة ١٩٣١/١٢/٢٢، المحاماة الشرعية، السنة ٥، ص٨٩٦ وما بعدها.

سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، واشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عنده، ووقع في قلبه صدقها، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء، أو يخبره به- وبدون استشهاد- رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول، فيحصل له نوع من العلم الميسر في حق المشهود به. وهي مراتب، منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر، ومنها ما يفيد ظنًا قويًا يقترب من القطع، كشهادة الاستفاضة، ومنها ما يفيد ظنًا دون شهادة الاستفاضة، بأن يقولوا سماعًا فاشيًا، أو لم نزل نسمع من الثقات. وقد أوجب الفقهاء على الشاهد أن لا "يفسر" للقاضي، وأرادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما شهد به لا تحميل القاضي هذا العبء.

إن الشهادة بالتسامع في فقه الشريعة الإسلامية، لا هي شهادة برأي، ولا هي شهادة على شهادة ومن الدرجة الثانية، وإنما هي شهادة أصيلة ومتميزة بضوابطها ودواعيها، لها قوتها في الإثبات، ويحمل الشاهد فيها عبء ما شهد به، وهي بذلك لا تدخل من باب شهادة السماع، ولا من باب الشهادة بالشهرة العامة في فقه القانون الفرنسي، ولا تجري مجراها. وبالتالي تستقل به محكمة الموضوع بما لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه، ما لم تخرج بها إلى مالا تؤدي إليه[١٠٧].

وتشمل شروط الشهادة في الفقه الإسلامي الطوائف الآتية:

---

(١٠٧) نقض أحوال، ١٩٦٧/١/٤، م. م. ف، س١٨، ع١، ص٥٤، طعن رقم ١٣، لسنة ٢٣ق.

أ- بالنسبة لتحمل الشاهد للشهادة، فإنه يشترط الآتي[١٠٨]:

١- أن يكون الشاهد كامل العقل، حتى ولو كان صبيًا وقت وقوع الواقعة التي سيشهد عليها.

٢- أن يكون بصيرًا، فلا تصح شهادة الأعمى.

٣- أن يكون الشاهد قد عاين المشهود به أو دليله بنفسه، في غير الأشياء التي تصح الشهادة فيها بالتسامع والطلاق من بين المسائل التي لا تقبل فيها الشهادة بالتسامع، ولقد اشترط ذلك لقوله، صلى الله عليه وسلم: "إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا إلا فدع".

ب- بالنسبة لأداء الشاهد للشهادة، فإنه يشترط الآتي:

١- أن يكون الشاهد عاقلا وقت أداء الشهادة.

٢- أن يكون بالغًا وقت أدائها- حتى ولو كان غير بالغ وقت رؤية الواقعة التي سيشهد عليها- لأن الشهادة في معنى الولاية على المشهود عليه.

٣- أن يكون مبصرًا، فلا تقبل شهادة الأعمى، ولو كان بصيرًا وقت التحمل، عند أبي حنيفة ومحمد. أما أبو يوسف فتصح عنده شهادة الأعمى متى كان مبصرًا وقت التحمل.

---

(١٠٨) تحمل الشهادة، يعني أن يطلب من شخص أن يرى فعلا أو يسمع قولا ويحفظه، كي يشهد به عندما يطلب للشهادة. فإن كان في حق من حقوق العباد توقف على الدعوى؛ وإن كان في حق من حقوق الله وجب من غير دعوى.

٤- أن يكون ناطقًا، فلا تصح شهادة الأخرس.

٥- ألا يكون محدودًا في قذف.

٦- ألا يكون متهما في شهادة، أي بقصد الحصول على غنم أو دفع مغرم[١٠٩]، أخذًا من قول الرسول، صلى الله عليه وسلم؛ "لا شهادة لجار المغنم ولا لدفع المغرم".

٧- ألا يكون خصمًا، لقوله، صلى الله عليه وسلم؛ "لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين".

٨- أن يكون عالمًا بالمشهود به ذاكرًا له وقت الأداء.

٩- أن يكون قادرًا على التمييز بالسمع والبصر بين المدعي والمدعي عليه.

١٠- أن يكون مسلمًا إذا كان المشهود عليه مسلمًا، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم.

جـ- بالنسبة للشهادة، فإنه يشترط الآتي:

ويشترط الفقهاء في الشاهد الإسلام إذا كان المشهود عليه مسلمًا، وعللوا ذلك بأن الشهادة فرع من فروع الولاية لما فيها من الإلزام بالحكم، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم. وإعمالاً لذلك، قضت محكمة النقض بأنه: إذا كان الحكم المطعون فيه- على الأساس المتقدم- لم يقبل الإقرارات المنسوبة إلى السيدات النمساويات، لأنها صدرت في غير مجلس القضاء ومن

---

(١٠٩) وذلك لقوله، صلى الله عليه وسلم: "لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا الوالي لعبده ولها الأجير لمن استأجره".

مسيحيات على مسلم، ذلك أن الفقه المعمول به لا يجيز شهادة غير المسلم على المسلم قصدًا لأنها من باب الولاية على ما سلف.

والإقرارات المقدمة تتضمن شهادة مقصودة من غير المسلم على المسلم، ووجود المسلم في غير دار الإسلام لا يعتبر ضرورة مسوغة لهذه الشهادة فقهًا، كما أن الولاية مقطوعة باختلاف الدارين بين مقدمي الإقرارات- السيدات النمساويات- وبين الزوجين. لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه، إذ لم يقبل الإقرارات المذكورة، يكون قد التزم المنهج الشرعي السليم ولا يكون النعي عليه في محله"(١١٠).

١- أن تسبقها دعوى قائمة على حقوق العباد.

٢- تحقق نصاب الشهادة وفق القواعد الشرعية في كل حالة(١١١).

٣- أن يتوافر اتفاق الشهادات في حالات تعدد الشهود، بحيث إذا حصل خلف بينهم، فلا تقبل.

٤- أن تنصب الشهادة على طلبات المدعي، فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وفق المدعي بين دعواه وبين الشهادة في الحالات الممكنة.

د- بالنسبة للمشهود به:

يشترط في المشهود به أن يكون معلومًا.

---

(١١٠) نقض مدني وأحوال، ١٩٧٥/٦/٥، م. م. ف، س٢٦، ص٩٧٩.

(١١١) اتفق الفقهاء على قبول أربعة شهود لإثبات الزنا وإسقاط حد القذف. وعلى شاهدين في الدماء والحدود والنكاح والطلاق والرجعة. وعلى قبول رجلين أو رجل وامرأتين في الأموال وما يؤول إليها. أحمد عبد المنعم البهي، طرق الإثبات بين الشريعة والقانون، ص٢١.

ذلك أن من شروط صحة أداء الشهادة في المذهب الحنفي، أن يكون الشاهد عالمًا المشهود به ذاكرًا له وقت الأداء، فلو نسي المشهود به، لم يجز له أن يشهد، وأن يكون المشهود به معلومًا حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا وضح الشاهد للقاضي صاحب الحق ومن عليه الحق، ونفس الحق المشهود به. وعلى هذا إذا شهد المشهود على حاضر بعين حاضرة، وجب عليهم، لأجل صحة شهادتهم، أن يشيروا لثلاثة أشياء، المدعي والمدعي عليه والعين المدعاة، لأن الغرض التعريف، والإشارة أقوى سبل التعريف. وعند ذلك لا يلزم الشاهد أن يؤكد اسم المدعي أو المدعي عليه ولا نسبهما، لأنه لا يحتاج مع الإشارة إلى شيء آخر. فإن شهدوا على غائب أو ميت، وجب ذكر ما يؤدى إلى التعريف به، ويبين من ذلك أنه يجب أن يكون الشاهد عالمًا بالمدعي والمدعي عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق. أما إذا كانت الشهادة تتعلق بحالة شخص من يسار أو فقر، فلا يطلب من الشاهد إلا التعريف بهذا الشخص الذي تتصل به وقائع الشهادة المطلوب إثباتها. ولقاضي الدعوى سلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها. وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة، في حدود سلطتها الموضوعية، رجحت أقوال شاهدي النفي على أقوال شاهدي الإثبات، فإن النفي يكون على غير أساس(١١٢).

---

(١١٢) نقض أحوال ١٩٧٢/١٢/١٣، م. م. ف، س٢٣، ع٣، ص١٣٧٧؛ نقض أحوال ١٩٦٣/١/٢، م. م. ف، س١٤، ص٣٢.

رابعًا- مراتب الشهادة:

٣٦- يقدر فقهاء الشريعة الإسلامية أن للشهادة ست مراتب(١١٣).

الأولى: شهادة أربع رجال، وذلك في أشياء منها الرؤية في الزنا، بإجماع.

الثانية: شهادة رجلين، وذلك في جميع الأمور عدا الزنا.

الثالثة: شهادة رجل وامرأتان وذلك في الأموال الخاصة، دون حقوق الأبدان والنكاح والعتق والدماء والجراح، وما يتصل بذلك كله. واختلف في الوكالة على المال، وأجازها أبو حنيفة في النكاح والطلاق والعتق، وأجازها الظاهرية مطلقًا.

من ناحية أخرى، فقد قال ابن القيم(١١٤) إنه لا يشترط في صحة الشهادة ذكر لفظ (أشهد) بل متى قال الشاهد: رأيت كيت وكيت أو سمعت أو نحو ذلك كانت شهادة منه. وليس في كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم موضع واحد يدل على اشتراط لفظ شهادة، ولا عن رجل واحد من الصحابة، ولا قياس ولا استنباط يقتضيه، بل الأدلة المتضافرة من الكتاب والسنة، وأقوال الصحابة ولغة العرب تنفي ذلك.

---

(١١٣) القاهرة الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة ١٩٥٨/٢/٢٣، القضية رقم ١٠٨، سنة ١٩٥٨، المحاماة، السنة ٣٨، العدد ١٠، ص١٢٨٤ وما بعدها.

(١١٤) الطرق الحكمية لابن القيم الجوزيه، ص١٨٢، مشار إليه في: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص٨٩٦.

الرابعة: شهادة امرأتين دون رجل، وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال، كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة وغيوب النساء. وقيل إنما يعمل بها بشرط أن يفشوا ما شهدتا عند الجيران وينتشر.

وقال الشافعي لابد من أربع نسوة. وأجاز أبو حنيفة شهادة امرأة واحدة.

الخامسة: رجل مع يمين، وذلك في الأموال خاصة.

السادسة: امرأتان مع يمين، وذلك في الأموال أيضًا.

كما أن من المقرر شرعًا أن شهادة الشاهد قد ترد لفسق أو عداوة أو لصغر أو لرق أو لكفر. فإذا ردت شهادة واحد من هؤلاء، ثم زال المانع بأن ثاب الفاسق وزالت العداوة وكبر الصغير وعتق الرقيق وأسلم الكافر، فله أن يشهد بعد زوال المانع، بالحق الذي شهد به أولاً. أما إذا ردت شهادة الشاهد بسبب من غير هذه الأسباب، فالصحيح من المذهب أن الشهادة إذا ردت لسبب في الشاهد نفسه، كالصغر والرق والكفر، ثم زال المانع كما تقدم وأراد أن يشهد ثانيًا، لم تقبل منه الشهادة إلا في المواضع المشار إليها سابقًا(١١٥).

خامسًا- إثبات الزواج بالشهادة بالتسامع:

٣٧- وفقًا للمذهب الحنفي، فإنه يجوز في الزواج أن يكون أساس الشهادة التسامع والشهرة، ويستغنى فيه عن المعاينة.

---

(١١٥) بلقاس الشرعية، جلسة ١٩٥٥/٢/٢٨، القضية ٢٤٣، سنة ١٩٤٥، شرعي. مشار إليه في أنور العمروسي، المرجع السابق، ص٨٩٥.

فالأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه- بالعين أو السماع- بنفسه. واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مواضع، منها النسب والنكاح، أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحساناً، إلا أنهم اختلفوا في شروط تحمل الشهادة بها. فعن أبي حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار. وعلى هذا، إذا أخبره رجلان أو رجل وامرأتان عدول لا تحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر، ويقع في قلبه صدق الخبر.

وعند الصاحبين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول، يكفي وتحل له الشهادة. والفتوى على قولهما. واشترطوا في الإخبار- هنا وعن العدلين- أن يكون بلفظ "أشهد"، وبمعنى أن يشهد عنده بلفظ الشهادة. والمتون قاطبة- والنقول المعتبرة- أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر للقاضي ردت شهادته، ولا يقبل في جميع الواضع التي يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع.

ومن الفقهاء من استثنى الوقف والموت، فتقبل ولو فسر للقاضي أنه أخبره به، لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف أو الموت مائة سنة، فيتبين القاضي أنه يشهد بالتسامع، فكان الإفصاح كالسكوت.

واختلفوا في معنى التفسير للقاضي أنه يشهد بالتسامع. فلو شهدا وفسرا وقالا بذلك لأننا سمعنا من الناس، لا تقبل. ولو قالا سمعنا من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب، لا تقبل وقيل تقبل، ولو قالا، أخذنا بذلك من

نثق به، فمنهم من قال إنه من التسامع، ومنهم من قال إنه ليس منه وجعله الراجح.

والظاهر أنه إن أجيز للشاهد أن يشهد بالتسامع في الواضع التي بينوها، وجب أن يقضي بشهادته، وإن فسر، وإلا كان في المقام ما يشبه التناقض؛ إذ كل ما في الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما يشهد به ولا يحملون القاضي بذلك. إن الطريق إلى تحمل الشهادة بالتسامع وحدها هو أن لا يشهد الشاهد حتى يسمع بذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع في قلبه صدقها، أو أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان يحصل له به نوع من العلم الميسر في حق المشهود به، وأنهم أوجبوا على الشاهد أن يطلق أداء الشهادة.

٣٨- العشرة والمساكنة:

يراد بالمعاشرة، مرافقة الرجل للمرأة بمظاهر الزوجية، كاعتياده تناول الطعام معها وجلوسها إلى جواره واصطحابها إلى السوق أو الزيارات أو النزهة وغير ذلك. أما المساكنة، فتتم بأن يقيم الرجل والمرأة في مسكن واحد يصلح أن تتحقق فيه الخلوة بينهما على نحوم يمكن معه لكل منهما أن يستمتع بالآخر على نحو ما يفعل الأزواج، شريطة أن يكون أساس المساكنة هو الزواج وليس مجرد الاستمتاع[١١٦].

(١١٦) الهادي السعيد عرفة، الزواج العرفي، ١٩٩٧، ص٢٧٣.

والمقرر في قضاء محكمة النقض المصرية[١١٧]، أن: العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعيًا على قيام الزوجية والفراش، وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعي الشهرة الشرعية الحقيقية أو الحكمية. فمن شهد رجلا وامرأة يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته، حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد. وهذا عند الصاحبين، أما عند أبي حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذ اشتهر حقيقة، وهي ما تكون بالتواتر.

٣٩- مراتب الشهادة بالتسامع:

وفقًا لفقهاء المسلمين فإن للشهادة بالتسامع ثلاث مراتب هي:

الأولى: شهادة تفيد العلم:

وهي المعبر عنها بالتواتر، بأن يتلقى الشاهد عن جمع من الناس اختلفت مواطنهم، واتفقوا على عدالتهم وأمانتهم وصدقهم ولا يتصور تواطؤهم على الكذب، ونقلوا أخبارهم عن أمثالهم. وهي تفيد العلم القطعي، وتكون بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم. ويمثل لها الفقهاء بالسماع بأن مكة موجودة ومصر موجودة، ونحو ذلك.

الثانية: شهادة الاستفاضة:

(١١٧) نقض أحوال ١٩٦٨/٣/٢٧، م. م. ف، س١٩، ق٩٣، ص٦١٤؛ نقض أحوال ١٩٧٦/١٢/٢٩، م. م. ف، س٢٧، ق٣٣٦، ص١٨٣٤.

الاستفاضة لغة، الانتشار، يقال استفاض الخبر، انتشر، والقوم في الحديث توسعوا، وحديث مستفيض أي منتشر. وفي اصطلاح الفقهاء: أن يشتهر المشهود به بين الناس فيتسامعون به بإخبارهم بعضهم البعض[١١٨].

وتحصل الاستفاضة بأن يشتهر المشهود عليه بين الناس فيتسامعون به بإخبارهم بعضهم البعض ويحصل للشاهد العلم بالمشهود به عند الحنفية بأحد طريقين:

أحدهما: بطريق الشهرة الحقيقية، والثاني، بطريق الشهرة الحكمية.

فالشهرة الحقيقية: أن يسمع من قوم كثيرين لا يتصور تواطؤهم على الكذب، ويحصل الظن القوي بصدقهم. ولا يشترط في السماع بطريق الشهرة الحقيقية أن يكون من سمع منهم عدولاً أو ذكورًا أو أحرارًا كما لا يشترط فيهم الإسلام بل الشرط هو التواتر والجمع الكثير الذي يؤدي إلى الظن القوي ويصدقهم لأن الأصل في الشهادة اعتماد اليقين، وإنما يعدل عنه عند عدم الوصول إليه إلى ظن يقرب منه على حسب الطاقة.

أما الشهرة الحكمية: فأن يشهد عنده رجلان عدلان بلفظ الشهادة ويقع في قلبه أن الأمر كذلك لأن الحاكم يعتمد قولهما فكذا الشاهد، فلا يشترط الاشتهار، وإن كان يشترط أن يقع في قلب الشاهد أن الأمر المشهود به كذلك،

---

(١١٨) كشاف القناع، جـ٦، ص٤٠٣؛ تكملة المجموع، جـ٨٨، ص٥٠٢. مشار إليه في: أحمد فرج حسن، المرجع السابق، ص١٧٥.

أي كما يشهده، ويصدق قلبه، لأن الأصل في الشهادة اليقين، وعند تعذره يصار إلى ما يشهد به القلب. وهذا الطريق يسمى الشهرة الشرعية.

والشهادة بالتسامع عن طريق الشهرة الحكمية يحصل بها علم الشاهد لحصوله عليه عن طريق الشهرة الحقيقية، لأنها آتية عن طريق بينة كاملة، وهي شهادة شاهدين على ما ذهب إليه الحنفية والمالكية. بل إن الحنفية أجازا الشهادة بالتسامع عن رجل عدل أو امرأتين عدلتين، إذا وثق الشاهد بهم، وسكن قلبه إلى صدق خبرهم. وفي قول آخر عند الحنفية يكفي أن يسمع من رجل واحد عدلا أو من امرأة واحدة عدلة. أما على ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة فإن أصح الأقوال عندهم أن الشهادة بالتسامع لا تصح إلا عن طريق الشهرة الحقيقية.

وشهادة الاستفاضة تفيد ظنًا قويًا يقرب من القطع وترفع عن شهادة السماع. ويمثل لها الفقهاء بمن يشهد بأن نافعًا مولى ابن عمر، وأن عمر ابن الخطاب، وأن عليا ابن أبي طالب، وهكذا، وإن لم يعلم لذلك أصلا. وهذه الشهادة يجوز الاستناد إليها، وحكمها الخبر المستفيض، أي الخبر المشهور(١١٩).

(١١٩) يذكر الطرابلسي، وكذلك ابن فرحون، أمثلة لهذه المرتبة منها ما إذا رؤي الهلال رؤية مستفيضة ورآن الجمع الغفير من أهل البلد، وشاع أمره فيهم، لزم الصوم أو الفطر من رأى ومن لم يره. راجع معين الأحكام، ص١٠٦- ١٠٧، وتبصرة الحكام لابن فرحون، ج١، ص٤٢٦، مشار إليه في: الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص٢٧٥.

ولا خلاف بين الفقهاء على قبول الشهادة بالاستفاضة في الأمور التي لا يتيسر معاينتها أو سماع الأقوال فيها لكل أحد من الناس. وهي تبقى على مر العصور وتطاول الأجيال، حفظًا لهذه الحقوق من الإبطال والضياع ورفعًا للحرج عن الناس فيما يصعب مشاهدته ومعاينته، وسماع الأقوال فيه، وذلك استثناء من الأصل العام وهو عدم جواز الشهادة إلا عن مشاهدة ومعاينة، دعت إليه الضرورة والحاجة.

ومن الأمور التي تقبل فيها الشهادة بالاستفاضة، في المذاهب الأربعة، النكاح، لأنه مؤبد. فإذا طالت مدته، عسر إقامة البينة على ابتدائه، فظهرت الحاجة إلى إثباته بالاستفاضة. قيل لأحمد بن حنبل، رضي الله عنه، تشهد أن فلانة امرأة فلان ولم تشهد النكاح؟ قال: نعم إذ كان مستفيضًا فأشهد، أقول: إن فاطمة ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأن خديجة وعائشة زوجاه، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة(١٢٠).

الثالثة: شهادة السماع:

وهي المقصودة هنا، والمرادة من كلام الفقهاء. وهي تقبل بالإجماع- كما يقول الطرابلسي- في أربعة أشياء: وهي النكاح والنسب والموت والقضاء. وصفتها، عند ابن فرحون، أن يقول الشهود سمعنا سماعًا فاشيًا من أهل العدل وغيرهم، أو يقولون: إنا لم نزل نسمع من الثقات(١٢١).

---

(١٢٠) أحمد فرج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص١٧٦.

(١٢١) تبصرة الحكام لابن فرحون، جـ١، ص٤٢٧. مشار إليه في الهادي السعيد عرفة، المرجع

وقد أقيمت الشهرة والاستفاضة مقام العيان في المسائل التي تثبت بالتسامع. وقد اشترط الإمام أبو يوسف فيها أن يقع في قلب الشاهد ما يشهد به، لأن الأصل في الشهادة اليقين، وعند تعذره يصار إلى ما يشهد له القلب. كما اشترط أيضًا لجواز الشهادة بالتسامع أن لا يخبر الشاهد رجلان عدلان، بأن المشهود به لغير من يشهد له، فلو أخبراه بذلك، لم تجز الشهادة.

٤- الشهادة السماعية المباشرة وغير المباشرة:

إن الشهادة السماعية إما مباشرة وإما غير مباشرة. فالشهادة المباشرة هي التي يقر فيها الشاهد، في مجلس القضاء، بالواقعة المشهود بها والمراد إثباتها، باعتبار حدوثها تحت سمعه وبصره، وتسمى الشهادة من الدرجة الأولى، وهذه أعلى درجات الشهادة.

أما الشهادة غير المباشرة، فهي الشهادة السماعية التي يقرر فيها الشاهد بما يتناقله الناس عن الواقعة المشهود بها والمراد إثباتها، وهذه أدنى درجات الشهادة. ولا تقبل إلا في الحالات التي يحددها الشرع، وتسمى الشهادة من الدرجة الثانية، لأن الشاهد فيها يشهد بما سمعه رواية عن غيره، وهذا الغير هو الذي رأى الواقعة المشهود بها بعينه، وسمعها بسمعه.

والشهادة بالتسامع لا تقع على الواقعة المراد إثباتها بالذات، وإنما تنصب على الرأي الشائع في جماهير الناس عن الواقعة. فالشاهد فيها لا

السابق، ص٢٧٥؛ أحمد نصر الجندي، التقاضي في الأحوال الشخصية، طبعة ١٩٩٠، ص٢٠١-٢٠٢، حيث أشار إلى أن القضاء المصري قد سار على القضاء بهذا النوع من الشهادة في هذه الأمور الأربعة.

يروي عن شخص معين ولا عن واقعة معينة بالذات، وإنما يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير بشأنها.

وكما يقرر فقهاء الأحناف، فإن هذه الشهادة تقبل بإجماعهم في أربعة أمور هي: النسب والموت والقضاء والنكاح.

فيجوز للشاهد أن يشهد بالنكاح سماعًا إذ أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتين بأن هذه المرأة امرأة فلان. وتكون الشهادة على الثبات أي القطع، رغم أن الشاهد لم يحصل له العلم بالنكاح بالمعاينة، وذلك بشرط أن يشتهر عنده ذلك بأحد نوعي الشهرة الحقيقية أو الحكمية، وفقًا لرأي الصاحبين، فلا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو مدع للنكاح أو بناء على إخبار منه أو وليد استشهاده[١٢٢].

٤١- فإذا كان النكاح تجوز الشهادة عليه بالتسامع والشهرة بإجماع فقهاء الحنفية بالشهرة الحقيقية عند الإمام أبي حنيفة، وبها وبالشهرة الحكمية عند الصاحبين، فإنه يسوغ القول بضرورة الرجوع إلى هذا الأصل عند الحنفية

(١٢٢) اشترط ابن فرحون المالكي للعمل بشهادة السماع في الأمور السابقة شروطًا سبعة هي:
أن لا يستخرج بها من يد حائز، أي ألا تنزع بها حيازة حائز.
الزمان، أي مرور.
السلامة من الريب.
أن يحلف المشهود له.
أن لا يسمعوا المسموع منهم.
أن يشهد بذلك اثنان فصاعدًا.
أن يكون السماع فاشيًا من الثقات.
راجع ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص٤٢٨- ٤٣٠، مشار إليه في: الهادي السعدي عرفة، المرجع السابق، ص٢٧٧.

في إثبات عقود الزواج العرفي الصحيحة إذ اشتهرت بين الناس وتوافر لها الحد من الشهرة الذي يسمح لمن سمع بهذ العقد أو ذاك بأن يشهد به أمام القضاء، في حالة ادعاء أحد طرفي العلاقة الزوجية وجودها، وإنكارها من الطرف الآخر.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به محكمة النقض في دعوى تتمثل وقائعها في أن الطاعن أقام الدعوى طالبًا الحكم بوفاة المورثة (زوجته)، وأنه من ورثتها بصفته زوجها بعقد عرفي ويستحق في تركتها النصف فرضا[١٢٣].

وقد ورد بهذا الحكم أن من شروط الشهادة شرعًا أن تؤدي بلفظ (أشهد) وأن يذكر الشاهد أن ما تركه المتوفى وذكر بالدعوى كان مالكًا له. والبادي من شهادة شهود المطعون عليه أنها لم تستوف هذه الشروط، وكل ما ذكره مما لا يفيد في الإثبات، وكان بناء على أسئلة إيحائية وتلقينية وجهها وكيل المطعون عليه وهو ما يهدد شهادتهم شرعًا. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بأنها وإن كانت الشهادة في اصطلاح الفقهاء هي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق للغير، إلا أن العبرة هي بمضمون الشهادة، وفهم القاضي للواقع فيها، وليس بألفاظ أدائها.

(١٢٣) نقض أحوال شخصية، ١٩٧٥/٦/١١، الطعنان رقما ٣٩، ٤٥ لسنة ٤٠ق، ص١١٨٠.

المطلب الثاني

الإقـــرار

٤١- سبق أن ذكرنا أن الزواج يثبت في الفقه الحنفي بأحد أمور ثلاثة وهي: البينة، والإقرار، والنكول عن اليمين. ولقد انتهينا من معالجـــة الـــدليل الأول وهو البينة، والآن ننتقل لدراسة الدليل الثاني وهو الإقرار. فماذا يقـــصد بـــه كأحد أدلة الإثبات الشرعية؟

يعرف الفقه الإقرار بأنه: الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر، وذلك باللفظ أو ما في حكمه.

كما ورد تعريف الإقرار في المادة ١٥٧٢ من مجلة الأحكام العدليـــة بأنه: "إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، ويقال للمخبر مقر، ولصاحب الحق مقر له، وللحق مقر به.

وإذا أقر الشخص بحق لزمه، وهو حجة قاصرة على المقر، بخـــلاف البينة فحجيتها متعدية.

ولذلك، إذا أقر أحد الزوجين، كان إقراره هذا دلـــيلاً كافيًـــا لإثبـــات الزوجية دون حاجة إلى دليل آخر. والإقرار بالزوجية إخبار بها، وليس إنشاء لها، لأنه لو كان إنشاء لتوقفت صحته على الشهود. وإذا منع من الإقرار مانع شرعي، كأن تكون زوجة غيره أو معتدته، فالإقرار باطل لأن العقد عليها من أصله لا يصح، فكيف يصح الإقرار به.

ولقد أورد الفقهاء شروطًا عامة للإقرار كدليل شرعي للإثبات بوجه عام، وشروطًا أخرى خاصة بالإقرار بالزوجية، نوردهما فيما يلي:

أ- الشروط العامة للإقرار الشرعي:

٤٢- من التعريف السابق للإقرار يتضح لنا أن له ثلاثة أركان هي: المقر والمقر له والمقر به.

وقد وضع الفقهاء شروطًا لكل ركن من هذه الأركان على النحو الآتي:

أولاً: الشروط الواجب توافرها في المقر:

١- أن يكون عاقلاً، فلا يصح إقرار المجنون ولا الصبي غير المميز.

٢- أن يكون بالغًا.

٣- أن يصدر منه الإقرار طوعًا وعن رضا، فلا يصح إقرار المكره.

٤- أن يكون يقظًا، فلا يصح إقرار النائم.

٥- أن يكون في صحو فلا يصح إقرار السكران.

٦- أن يكون المقر معلومًا بعينه، أي غير مجهول.

٧- ألا يكون متهما في إقراره، لأن التهمة تخل بوجوب رجحان الصدق.

٨- ألا يكون محجورًا عليه لسفه.

٩- أن يكون جادًا لا هازلاً.

ثانيًا- الشروط الواجب توافرها في المقر له:

١- أن يكون محقق الوجود وقت الإقرار حقيقة أو شرعًا.

٢- أن يكون أهلاً للملك، فلو كان غير أهل لا يصح الإقرار.

٣- أن يكون سبب استحقاق المقر له للمقر به مقبولاً عقلاً، فلو كان غير مقبول لم يصح.

٤- ألا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة.

ثالثًا- الشروط الواجب توافرها في المقر به:

١- ألا يكون محالا عقلاً أو شرعًا.

٢- أن يكون مما يجري فيه التعامل، فإن كان تافهًا، لا يصح الإقرار به.

رابعًا- الشروط الواجب توافرها في صيغة الإقرار:

١- أن تكون منجزة غير معلقة على شرط.

٢- أن تكون مثبتة للحق المقر به على سبيل اليقين والجزم.

٣- أن تكون بالعبارة إذا تناولت حدًا من حدود الله.

٤- أن تصدر أمام القاضي إذا تناولت حدًا خالصًا لله تعالى، كالزنا وشرب

الخمر والسرقة.

متى استوفى الإقرار جميع شروط الصحة السابقة كان ملزمًا للمقر ووجب عليه تسليم المقر به للمقر له.

ب- الإقرار بالزواج:

٤٣- **وبالنسبة للإقرار بالزواج، فقد اشترط فقهاء الحنفية الشروط الثلاثة الآتية:**

١- أن يكون المقر عاقلاً بالغًا، فلو كان مجنونًا أو صبيًا مميزًا أو غير مميز لا ينفذ.

٢- أن يكون الزواج ممكن الثبوت شرعًا، وذلك بألا يكون الرجل متزوجًا بمحرم للمرأة، كأختها أو عمتها ولا بأربع سواها، وألا تكون هي متزوجة فعلاً برجل آخر أو تكون في عدة طلاق.

٣- أن تصدق المرأة الرجل في إقراره، إذا كان هو المقر، وأن يصدقها الرجل إذا كانت هي المقرة.

والإقرار بالزوجية متى توافرت شروطه يكون صحيحًا نافذًا، سواء أكان في حال الصحة أم في حال المرض. إلا أنه إذا كان الرجل هو المقر يصح، وينفذ سواء حصل تصديق بين الرجل والمرأة في حياته أم بعد مماته، فيكون لها حق في ميراثه بناء على إقراره. أما إذا كانت المرأة هي المقرة،

فلا يصح تصديق الرجل إلا إذا وقع في حياتها. أما بعد موتها، فـلا تثبـت الزوجية ولا يستحق في الميراث لأنه بالموت تنقطع أحكام الزوجية. أما بعد موت الرجل فللزوجة أحكام باقية كالعدة، هذا على رأي أبي حنيفة[١٢٤].

جـ - حكم إقرار ولي القاصر:

٤٤- هل يعتد بإقرار ولي القاصر في شأن الزواج؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ذلك أن المقرر أن الولي يكون خصمًا عن المولى عليه؛ ولكن لا يسري إقراره عليه، لأنه نائب عنه فيما هـو فـي مصلحته، والإقرار ليس في مصلحته. ومع ذلك، فقد أجاز الفقهاء صحة إقرار الولي على النفس بالزواج إن كان هو الذي تولاه، لأنه إقرار بتصرفه وإقرار الإنسان بتصرفه جائز، وهذا مقرر عند الصاحبين قولاً واحدًا. أما عند أبـي حنيفة، فقد اختلف النقل عنه، فقيل إنه يمنع الإقرار حال الولاية وبعد انتهائها، وقيل إنه يمنعه بعد انتهائها، ويتفق مع الصاحبين حال قيامها.

وبيّن ذلك صاحب الفتح فقال: "إقرار الولي على الصغير بـالتزويج لا يصدق فيه عند أبي حنيفة، أو يدرك الصغير فيـصدقه، وعنـدهما يثبـت النكاح بإقراره: قال المصنف عن أستاذه الشيخ حميد الدين: إن الخلاف فيمـا إذا أقر الولي في صغرهما، فإن إقراره موقوف إلـى بلوغهمـا، فـإذا بلغـا

(١٢٤) سمير عبد السميع الأودن، الزواج العرفي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، ص٣٨.

وصدقاه، ينفذ إقراره، وإلا يبطل، وعندهما يبطل في الحال، وقيل: الخلاف فيما إذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقره الولي، أما لو أقر الولي بالنكاح في صغره، صح إقراره.

ويؤخذ من هذا أن الصاحبين يريان أن إقرار الولي حجة، سواء أكانت الدعوى في حال الصغر أم كانت في حال الكبر، وأن أبي حنيفة يخالفهما في الحالين في بعض الروايات، وفي حال الكبر فقط في رواية أخرى.

المطلب الثالث

النكول عن اليمين

٤٥- النكول عن اليمين يعني امتناع أو رفض من وجهت إليه اليمين عن الحلف. والنكول، كدليل شرعي للإثبات مختلف بشأنه عند الحنفية، وغيرهم، حيث لا يأخذ به أبو حنيفة، بينما يعتد به الصاحبان.

فماذا يقصد باليمين التي ينكل الخصم عن أدائها؟ وكيف يكون هذا النكول دليلاً لإثبات الزواج؟

بداية، يعرف الفقه اليمين بأنها: "إشهاد الله عز وجل على قول الحق، مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه"[١٢٥].

والحقيقة، أن لليمين في المرافعات الشرعية أهمية بالغة[١٢٦]، لأنها قد تكون الوسيلة الوحيدة للإثبات في الدعوى، وذلك في المسائل التي تتعلق بذاتية الزوجة أو المطلقة، في شأن إثبات الدخول أو الخلوة أو رؤية الحيض ثلاث حيضات كوامل وما إلى ذلك، فإنها إن حلفت اليمين التي يوجهها لها الزوج أو المطلق، رفضت دعواه، دون أن يكون له إثبات صحة دعواه

(١٢٥) أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد، المجلد٢، ص١٢١٧ وما بعدها.

(١٢٦) الشيخ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، ص٧ وما بعدها.

بوسيلة أخرى. وإذا انكلت عن الحلف- وقد يكون تخلفها عن الحضور تسليمًا بصحة الدعوى بما يقوم مقام النكول- قضى للمدعي بدعواه.

ولقد ثار خلاف حول ما إذا كان جائزًا أن يوجه المدعي اليمين للمدعي عليه إذا كانت عنده بينة حاضرة: فيرى أبو حنيفة أنه غير جائز، بينما يرى الصاحبان أن ذلك جائز.

على حين يرى صاحب البدائع(١٢٧)، أن شرائط وجوب توجيه اليمين أنواع منها الإنكار، ومنها الطلب من المدعي، لأنها وجبت على المدعي عليه حقًا للمدعي، ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين ليس ذلك بشرط حتى لو قال المدعي: لي بينة حاضرة. ووجه قولهما أن اليمين حجة المدعي، ولهذا لم يجب إلا عند طلبه، فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء له.

أولاً- موقف فقهاء المسلمين بالنسبة لليمين في مسائل الزواج والطلاق والرجعة:

٤٦- اختلف الفقهاء بشأن توجيه اليمين في مسائل: النكاح والطلاق والرجعة والنسب والإيلاء، حيث ذهب: الشافعية وأبو يوسف ومحمد بن الحنفية، إلا أنه يستخلف المدعي عليه في هذه المسائل لحق العبد، كما يستحلف في غيرها من سائر حقوقه.

---

(١٢٧) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص٢٥٧ وما بعدها، مشار إليه في أنور العمروسي، المرجع السابق، ص٩٣٣.

بينما ذهب أبو حنيفة والحنابلة في الصحيح من المذهب والمالكية، إلى أنه لا يستحلف المدعي عليه في هذه الأمور جميعًا، إلا إذا كان المقصود من الدعوى المال، فيستحلف لإثبات المال دون هذه الأمور.

وغايته أن المالكية قيدوا عدم الاستحلاف بما إذا كانت الدعوى مجردة عن الشهود. أما إذا أقام المدعي شاهدًا واحدًا وعجز عن الثاني، فإن المدعي عليه يستحلف لرد شهادة شاهد المدعي، عدا النكاح فإنه لا يستحلف المدعي عليه ولو كان مع المدعي شاهد(١٢٨).

استدل القائلون بجواز استحلاف المدعي عليه في هذه المسائل، بأن قوله، صلى الله عليه وسلم: "لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعي عليه"، وقوله صلى الله عليه وسلم: البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه، وقوله: واليمين على من أنكر وغيرهما مما في معناها، جاءت عامة ولم يرد ما يخصصها بحالات دون حالات، فتبقى على عمومها، وتصدق على كل مدعى عليه سواء أكان المدعي به مالا أو غيره من حقوق الأبدان، إلا ما قام الدليل على تخصيصه.

وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: حلف ركانة في طلاقه لزوجته على أنه ما أراد بطلاقها إلا طلقة واحدة(١٢٩).

(١٢٨) تبصرة الحكام، جـ١، ص٢٣٣، مشار إليه في : أحمد فرج حسين، المرجع السابق، ص٤٣١.

(١٢٩) أخرج الشافعي وأبو داود والدارقطني والترمذي: أن ركانة بن عبد الله، أنه طلق امرأته مهمة البتة، فأخبر النبي- صلى الله عليه وسلم- بذلك، فقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول

قال الشافعي، رحمه الله، وإذا حلَّف رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة في الطلاق، فهذا يدل على أن اليمين في الطلاق كما هي في غيره.

وعلى العكس، استدل القائلون بعدم جواز الاستحلاف في هذه الأمور، بأن المقصود من الاستخلاف القضاء بالنكول، والنكول بذل وإباحة وترك للمنازعة صيانة عن الكذب الحرام، والبذل لا يجري في هذه الأمور.

بينما يرى الآخرون أن النكول ليس بذلا وإباحة، وإنما إقرار فيه شبهة، وحقوق العباد تثبت مع الشبهة. كما استدل القائلون بعدم جواز الاستحلاف، بأن هذه الأمور لا تثبت إلا بشهادة رجلين، فلا تعرض فيها اليمين كالحدود.

اعترض على هذا الدليل بأن قياس هذه الأمور على الحدود، قياس مع الفارق فلا يصح، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، أما حقوق العباد فلا تؤثر فيها الشبهة، كما أن توقف ثبوت هذه الأمور على شهادة الذكرين ليس محل اتفاق بين القهاء.

واستدل المالكية على أن المدعي إذا أقام شاهدًا واحدًا وعجز عن الثاني، يستحلف المدعي عليه لرد شهادة الشاهد، فيما عدا النكاح، بما رواه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أن النبي، صلى الله عليه وسلم، قال: "إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك

الله صلى الله عليه وسلم: والله ما أردت إلا واحدة، قال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم. الشوكاني، نيل الأوطار، جـ٦، ص٢٥٥.

بشاهد واحد عدل، استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه"؛ وغير الطلاق كالطلاق. ولأن كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين، فلا يمين بمجردها ولا ترد كالقتل العمد والطلاق والنسب والرجعة ويلحق بذلك: الإسلام والردة والبلوغ والجرح والتعديل.

أما النكاح فإن المدعى عليه فيه لا يستحلف ولو أقام المدعي شاهدًا، لأن الغالب في النكاح الشهرة، وشهادة الواحد فيه، فيها ريبة، بخلاف غيره، فإنه ليس الغالب فيه الشهرة.

واعترض على دليل المالكية، بأن الحديث ضعيف، أنكره أبو حاتم الرازي في العلل وضعفه الألباني فلا يصلح للحجية.

يترتب على ما تقدم، أنه لو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها، أو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وأنكر كل منهما ولا بينة لأحدهما، فلا يمين على المنكر، لأنه لا يصح للمرأة أن تبذل نفسها للرجل وتقول له مثلا: أبحت لك التمتع.

ولو ادعى على مطلقته رجعيًا بعد انقضاء عدتها أنه راجعها في أثناء العدة، وأنكرت ولا بينة، فلا يمين عليها. وكذلك الأمر عليه إن راجعها في أثناء العدة وأنكر ولا بينة فلا يمين عليه.

ولو ادعى بعد انقطاع مدة الإيلاء أنه فاء إليها في مدته وأنكرت، فلا يمين عليها، كما لا يمين عليه لو ادعت هي أنه فاء إليها في المدة أو بعدها وأنكر، بخلاف ما لو ادعى الرجعة والعدة قائمة أو الفيء ومدته قائمة، فإنه

يثبت بقوله ولو أنكرت لأنه ادعى أمرًا يملك استئنافه للحال، فلا معنى لتكذيبه فيه.

ولو ادعى مجهول النسب على شخص أنه أبوه أو ابنه وأنكر المدعي عليه ولا بينة فلا يمين عليه. بيد أنه إذا كان المقصود من الدعوى في هذه الأمور المال، فإن المدعي عليه يستحلف لإثبات المال دون هذه الأمور، لأنه لا خلاف في الاستحلاف في المال. فلو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول بها، ولها عليه نصف المهر، وأنكر، فإنه يستحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل ضمن المهر. والحال كذلك لو كانت دعواها بعد الدخول وادعت النفقة للعدة أو المهر، ولا يثبت بالحلف النكاح.

صفوة ما تقدم، أن النكاح لا يستحلف فيه، لأن الغالب فيه شهرته فلا يكاد يخفى على الأهل والجيران، فالعجز عن إقامة البينة فيه، قرينة على كذب مدعيه. ولأن النكاح مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد، ولأن الأبضاع مما يحتاط لها، فلا تثبت مع الشبهة، ومن ثم لا تباح بالنكول، سواء اعتبر بذلاً وإباحة أو إقرارًا فيه شبهة، كما لا تباح به ويمين المدعي كالحدود وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو لجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم. ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضي به فيما يحتاط له. ويمين المدعي إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمرًا فيه خطر عظيم وإثم كبير، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية عنه.

وأما حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: ولكن اليمين على المدعى عليه، وإنما تناول الأموال والدماء، فلا يدخل النكاح فيه، فالنكاح يكاد لا يخلو من شهود لكون الشهادة شرطًا لانعقاده أو من اشتهار فيشهد به بالاستفاضة.

ثانيًا- موقف الحنفية من النكول عن اليمين كدليل لإثبات الزواج:

٤٧- إن النكول عن اليمين عند أبي حنيفة بذل، بينما عند الصاحبين إقرار. ولذا يقول أبو حنيفة إن اليمين لا توجه في دعاوى الزواج، لأن المدعي عليه إن نكل كان نكوله بذلاً، والبذل لا يجري في الزواج وأشباهه.

أما عند الصاحبين، فإن اليمين توجه في الزواج، لأن النكول عندهما إقرار.

وبناء على ذلك، إذا تداعى رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فادعى الرجل وجوده، فتسأل المرأة، فإن أقرت، قضى بالزواج وثبت بتصادقهما عليه، وإن أنكرت كان على الزوج البينة، لأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإن عجز عن البينة، وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصاحبين، فإن حلفت رفضت دعوى الزوج، وكان هذا القضاء في الفقه الحنفي قضاء ترك، لا يمنع المدعي من تجديد الدعوى إن وجد البينة إذ القضاء بالحلف قضاء ترك على ما هو مقرر في الفقه.

وإن نكلت عن اليمين قضى عليها بالزواج، لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي.

حاصل ما تقدم، إنه إذا وقع نزاع بين رجل وامرأة حول الزواج، فادعاه أحدهما وأنكره الآخر، فإنه يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين توافرت فيهم شروط الشهادة وهي: العدالة والبلوغ والإبصار والنطق وألا يكون متهما في شهادته. فإن لم يكن للمدعي بينة، وكان المدعي عليه منكر الزوجية غير مقر بها، وجهت إليه اليمين، فإن حلف سقطت الدعوى، وإن نكل عن يمينه قضى عليه بنكوله.

فمثلاً، إذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته، وكانت الدعوى مستوفية شرائطها، يسألها القاضي أن تجيب عن دعواه بطلبه، فإن أقرت ثبتت الزوجية بإقرارها، وإن أنكرت طلب منه البينة، فإن أحضر بينة مستوفية لكل الشروط، وشهدت بما ادعى، حكم القاضي بالزوجية.

وإن لم يحضر شهودًا، أو أحضرهم ولكن لم تكن شروطهم مستوفاة، فلا يحكم القضائي بما طلب بل يقول له لك يمينها، فإن حلفت بطلبه بأن قالت: (والله ما تزوجته وما أنا بزوجة له)، منع من دعواه، وإن نكلت عن اليمين اعتبر نكولها إقرار بما ادعاه، فيقضي عليها بالزوجية وذلك اعتدادًا بقاعدة: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

المبحث الثاني

أدلة إثبات الزواج في القانون

٤٨- لقد بدأ المشرع المصري منذ نهاية القرن التاسع عشر- وبالتحديد منذ سنة ١٨٩٧- التدخل التشريعي من أجل وضع تنظيم تشريعي لتوثيق زواج المسلمين من المصريين، مع ملاحظة أن هذا التنظيم التشريعي أدى إلى أن يصبح إثبات الزواج يختلف في كثير من الوجوه عما هو مقرر في المذهب الحنفي، على نحو ما عرضنا له من قبل. ويبدو هذا بوضوح من خلال عرض مراحل التطور التشريعي في هذا الشأن، والتي نرى تقسيمها إلى مرحلتين رئيسيتين، الأولى هي السابقة على العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، والثانية، وهي اللاحقة على العمل بهذا القانون. ولذلك نقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: المراحل السابقة على العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

المطلب الثاني: المراحل اللاحقة على العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

المطلب الأول

المراحل السابقة على العمل

بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠

٤٩- في سنة ١٨٩٧ صدرت أول لائحة تنظم إثبات الزواج، ثم تلتها لائحة أخرى في سنة ١٩١٠، ثم صدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، وبدأ العمل بها منذ الأول من أغسطس سنة ١٩٣١.

وقد بينت المادة ٩٩ من هذه اللائحة الأخيرة حكم الزواج خلال هذه المراحل الثلاث حيث نصت على الآتي:

"لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية، سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها.

ومع ذلك، يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود، وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة.

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة أفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١.

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا.

ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق"[١٣٠].

٥٠- يفهم من هذا النص المهم أن تنظيم توثيق زواج المسلمين قد انعكس، بطبيعة الأمر على كيفية إثباته، ووفقًا للنص السابق، فإن هذا التنظيم قد مر بالمراحل الآتية:

---

(١٣٠) تجدر الإشارة هنا إلى أن المادة ٩٩ بفقراتها ١، ٢، ٣، ٥، جاءت ترديدًا للمادة ١٠١ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٠، بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. وقد استحدث القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في المادة ٩٩ منه، فقرتين جديدتين هما الفقرة (٤) الخاصة باشتراط ثبوت الزواج بوثيقة رسمية حتى تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية في الحوادث التي تقع اعتبارًا من ١٩٣١/٨/١، والفقرة (٦) الخاصة بعدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية تزيد على ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

١- المرحلة الأولى: المدة السابقة على سنة ١٨٩٧:

وفقًا للفقرة الثانية من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فإنه: "...يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة (١٨٩٧) ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود، وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة".

فمن الثابت أن علاقة الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧، كانت تثبت عند الإنكار بالبينة، بشرط أن يكون معروفًا بالشهرة العامة، سواء أكانت الدعوى في حياة الزوجين أم بعد وفاتهما، لأنه إن لم تكن ثمة لائحة تقيد سماع الدعوى، فبقيت قواعد الإثبات فيها كما هي في الفقه الحنفي.

وبالتالي، فإنه في هذه الفترة السابقة على سنة ١٨٩٧، تسمع دعوى الزوجية أو الإقرار بها، بشهادة الشهود إذا توافر شرطان:

الأول: أن تكون الدعوى مقامة من أحد الزوجين.

الثاني: أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة. والشهرة العامة هنا هي أن يظهر الزوجان أمام الخاص والعام بمظهر يدل على المعاشرة بينهما بزواج لا ريب فيه. ويرجع في تكوين هذا الاعتقاد فوق المظهر، إلى التسامع.

فإثبات الزوجية والإقرار بها من جانب أحد الزوجين قبل الآخر أو ورثته، والذي يكون قد وقع قبل سنة ١٨٩٧، تكون وسيلته شهادة الشهود.

فالشهادة بالشهرة العامة تبنى على ما اشتهر بين الناس دون أن يقول الشاهد إنه سمع من شخص معين، فهي ليست شهادة بالمعنى الصحيح. ويمكن

إدخال ما جاء عن الشهادة بالتسامع تحت باب الشهرة العامة، كإعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود، إذ تدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود، بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقًا لما عرفوه من طريق الشهرة العامة. ويصح إدخال ما جاء عن الشهادة بالتسامع تحت باب الشهادة بالشهرة العامة.

وتطبيقًا لما سبق، قضت محكمة النقض المصرية(١٣١)، بأن: "مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون ٧٨/١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية- والمقابلتين لذات الفقرتين من المادة ١٠١ من اللائحة الشرعية الصادر بها الأمر العالي الرقيم ١٨٩٧/٥/٢٧، واللائحة الصادرة بالقانونين رقمي ٢٥/١٩٠٩ و٣١/١٩١٠، أن المشرع بالنظر لما أثبتته الحوادث من أن الزواج كثيرًا ما يدعى زورًا طمعًا في المال أو رغبة في النكاية والتشهير، يشترط وجود مسوغ لسماع دعاوى الزوجية عند الإنكار. ولئن لم تكن ثمة لائحة تقيد سماع الدعوى بالنسبة لوقائع الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧، بحيث تبقى قواعد الإثبات على أصلحها في الفقه الحنفي، مما مؤداه ثبوت الزواج عند المنازعة بشهادة الشهود والنصاب العادي، إلا أنه إذا أقيمت الدعوى من أحد الزوجين، فيكتفي فيها بشهادة

(١٣١) نقض أحوال ١٩٧٢/٥/٢١، م. م. ف، س٢٣، ق٣٨. في نفس المعنى: نقض أحوال ١٩٧٦/٣/١٠، م. م. ف، س٢٧، ق١١٩، ص٦٠٢. وقد أضاف هذا الحكم بأن: "من المقرر أنه يجوز للشاهد أن يرجع في أقواله ويصحح شهادته مادام في مجلس القضاء ولم يبرحه، أخذًا بأن الرجوع عن الشهادة فسخ لها فيختص بما تختص به الشهادة في المجلس".

الشهود، بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة. أما إذا أقيمت من غيرهما بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، فلا تسمع إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير، ولم يورد القانون تحديدًا لماهية هذه الأوراق، فيترك أمر تقديرها للقاضي".

٢- المرحلة الثانية: المدة بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١:

وفقًا للفقرة الأولى من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فإنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية، سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها".

تبدأ هذه المرحلة، إذن، بصدور الأمر العالي الرقيم ١٨٩٧/٥/٢٧ باللائحة الشرعية. وهنا يفرق بين حالتين:

الأولى: إذا كانت دعوى الزوجية في حياة الزوجين، فيثبت الزواج بالبينة وسائر طرق الإثبات المقررة في الفقه الحنفي.

الثانية: إذا كانت الدعوى بعد وفاة أحد الزوجين، فلابد لسماع الدعوى عند الإنكار من أن يكون لدى المدعى أوراق خالية من شبهة التزوير تدل على الزواج، لأن لائحة سنة ١٨٩٧، أجازت سماع هذه الدعاوى، عند الإنكار، على هذا الشكل، فبقيت تلك الأجازة إلى أن جاءت لائحة سنة ١٩١٠.

وهكذا، فإنه يشترط لسماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها، وفقًا لهذه الحالة الأخيرة، توافر الشروط الآتية:

الأول: أن يكون أحد الزوجين متوفيًا وأن يحصل إنكار الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما من أحد الزوجين أو غيره من الورثة. **الثاني:** أن تكون الدعوى مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها. **الثالث:** إنكار الخصم للحق المدعى به.

وتفسيرًا لنص هذه الفقرة من المادة ٩٩ من اللائحة، يقرر الفقه أن المراد بالإنكار هنا هو الإنكار حين الخصومة أمام القضاء، والذي لم يوجد إقرار سابق ينافيه، ولو لم يكن أمام مجلس القضاء، مادام ثابتًا بالطريق الذي بينه القانون.

٣- المرحلة الثالثة: المدة ما بين أول سنة ١٩١١ وآخر يوليو سنة ١٩٣١:

وفقًا للفقرة الثالثة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فإنه: "لا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك".

وهكذا، فإنه يفرق هنا أيضًا بين حالتين: **الأولى**، إذا كانت الدعوى في حياة الزوجين، فيثبت الزواج عند الإنكار بالبينة وسائر طرق الإثبات المقررة

في المذهب الحنفي، فتسمع البينات وتوجه اليمين عند العجـز. **الثانيـة**: إذا كانت الدعوى بعد وفاة أحد الزوجين، فلا تسمع عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية، أو بأوراق كانت مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، وذلك لأن لائحة سنة ١٩١٠، أجازت سماع دعاوى الزواج المستوفية لـذلك الشكل، فبقي الحق لمن كان زواجهم سابقًا على لائحـة سـنة ١٩٣١، مـع ملاحظة أن الدعاوى التي يشملها النص هي الدعاوى التي أوردتها الفقرتـان الأولى والثانية من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

يفهم من هذا كله، أنه يلزم في هذه الحالة الأخيرة، لـسماع دعـوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما أن تتوافر الشروط الآتية:

الأول: أن يكون أحد الزوجين متوفيًا أو كليهما.

الثاني: أن تكون هناك أوراق رسمية مثبتة الزوجية أو الطـلاق أو الإقـرار بهما، أو أوراق عرفية صادرة من المتوفى ومكتوبة كلهـا بخطـه وعليهـا إمضاؤه. ويستوي أن تكون الأوراق الرسمية صادرة من الموظف العمـومي المختص بتحريرها، أو أن تكون أوراقًا رسمية أخرى اعترف فيها المتـوفى من الزوجين بالزوجية أو الطلاق أو أقر بها بمحضر رسمي أو عقد رسـمي مثلاً.

الثالث: أن تكون واقعة الدعوى قد حدثت في المدة التي تبدأ من سنة ١٩١١.

الرابع: إنكار الخصم للحق المدعي به.

من ناحية أخرى، فتجدر ملاحظة أن الغرض من الثبوت المشار إليه في النص السابق، ليس مطلق الدلالة على الدعوى، بل المقصود بـه الـدليل المثبت للزوجية. فقد كان نص المادة في قانون ١٩١٠/٣١، كما يأتي:

"في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الأفرنكية، فلا تسمع الدعوى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليهـا إمـضاؤه كذلك تدل على ما ذكر".

ولما كان هذا النص فيه إبهام لعدم وضوح الغرض من كلمـة "تـدل على ما ذكر"، فقد صدر القانون ١٩١٣/٣٣، وبيّن أن الغرض مـن دلالـة الأوراق الرسمية والمكتوبة بخط المتوفى وإمضاؤه أن تكون مثبتة للـدعوى، وقد نقلت هذه الفقرة بنصها إلى القانون ١٩٣١/٧٨، وبالتالي لا يمكن للمدعي عليهم أن يناقشوا أمام المحكمة ثبوت زوجية المدعية بالمتوفى بهذه الأوراق.

٤- المرحلة الرابعة: منذ العمل بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية سنة ١٩٣١ حتى العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

نصت الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ مـن لائحـة ترتيـب المحـاكم الشرعية- التي بدأ العمل بها منذ الأول من أغسطس سنة ١٩٣١- على أنه: "ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١".

وظاهر من هذا النص أن دعوى الزوجية لا تثبت بعد آخر يوليو سنة ١٩٣١، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية، صادرة عن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج، أو يقر بها المدعي عليه في مجلس القضاء. فإن كان الإقـرار سابقًا عليه، فلابد من إثباته بوثيقة رسمية، سواء أكانـت دعـوى الزوجيـة مجردة، أم ضمن حق آخر، كنفقة أو طاعة أو ميراث. وقد أسس ذلك المنـع على ما لولي الأمر من سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكـان والحادثـة والشخص.

ومما تجدر ملاحظته هنا أن منع دعوى الزوجية إذا لم تكـن ثابتـة بوثيقة رسمية، يفيد بطريق اللزوم أن إثبات الزواج، في ظل هذا النظـام، لا يتم إلا بهذه الوثيقة الرسمية.

وفي صدد تبرير هذا الحكم، ورد بالمذكرة الإيضاحية للائحة ١٩٣١ ما يلي:

"من القواعد الـشرعية أن القـضاء يتخـصص بالزمـان والمكـان والحوادث والأشخاص، وأن لولي الأمر أن يمنع قضاته عن سـماع بعـض الدعاوى، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعًا لأحوال الزمـان وحاجـة الناس، وصيانة الحقوق من العبث والضياع. وقد درج الفقهاء مـن سـالف العصور على ذلك، وأقروا هذا المبدأ في أحكام كثيرة، واشتملت لائحة سـنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠، للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصص فيمـا يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما، وألف النـاس هـذه القيـود

الواردة بهما واطمأنوا إليها بعد تبين مالها من عظيم الأثر في صيانة حقوق الأسرة، إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة، ثم يجحده أحدهما، ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء، وقد يدعي بعض ذوي الأغراض الزوجية زورًا وبهتانًا، أو نكاية وتشهيرًا أو ابتغاء غرض آخر اعتمادًا على سهولة إثباتها بالشهود، وخصوصًا أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج. وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارًا، وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد بوثيقة رسمية، كما في عقود الرهن، وهي أقل منه شأنًا، وهو أعظم خطرًا. وحملاً للناس على ذلك، وإظهارًا لشرف هذا العقد، وتقديسًا له عن الجحود والإنكار، ومنعًا لهذه المفسدة العديدة، زيدت الفقرة الرابعة في المادة ٩٩. وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند الإنكار من أول أغسطس بدون وثيقة رسمية في حال حياة الزوجية أو بعد الوفاة. ووثيقة الزواج الرسمية هي التي تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها طبقًا للمادة ٢٢٢، كالقاضي والمأذون في داخل القطر، وكالقنصل في خارجه. وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعًا في

دعاوى النسب، بل هذه باقية على حكمها المقرر كما كانت عليه رغمًا من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة ١٠١ من اللائحة القديمة"[١٣٢].

ولا يكون عدم سماع دعوى الزوجية إلا عند الإنكار من الخصوم في مجلس القضاء وعدم تقديم وثيقة الزواج أو عدم الإقرار السابق بالزوجية الثابت قانونًا.

ولقد استقر القضاء المصري على إعمال هذا الحكم، حيث قضت محكمة النقض المصرية أنه[١٣٣]:

"في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١، ووفقًا للفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية تصدر أو يصدر الإقرار بها من موظف مختص بإصدارها...والزواج المدعي بحصوله في سنة ١٩٥٥، فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كان ثابتًا بوثيقة رسمية من موظف مختص بتوثيق الزواج سواء أكانت الدعوى في حال حياة الزوجين أم بعد الوفاة، والإقرار المعول عليه في هذا الشأن "هو الإقرار الذي يحصل في مجلس القضاء، أما الإقرار الذي يحصل خارج مجلس القضاء

(١٣٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

(١٣٣) نقض مدني ١٩٦٧/٥/٣١، م. م. ف، س١٨، ق١٧٨، ص١١٩٣؛ نقض مدني ١٩٧٥/٦/١١، م. م. ف، س٢٦، ص١١٨٠.

أو في ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقود الـزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه".

٥١- تقييد سماع دعوى الزوجية ببلوغ الزوجين السن القانونية:

تنص الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية علـى الآتي:

"ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كان سن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة هجريـة إلا بـأمر منا".

ولقد ورد بالمذكرة الإيضاحية، تعليق على هذا النص، حيث أوضحت الآتي:

كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجة وقت العقد أقـل من ست عشرة سنة وثماني عشرة سنة للزوج، سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد، فرئي تيسيرًا على النـاس وصـيانة للحقـوق واحترمًا لآثار الزوجية، أن يقتصر المنع من سماع الدعوى على حالة واحدة وهي إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة.

والنهي عن سماع الدعوى في هذه الفقرة غير مقيـد بحالـة إنكـار المدعي عليه، بل هو نهي مطلق، سواء كانت الزوجية منكورة من المـدعي عليه أو معترفًا بها، لأن النهي عن سماع هذا النوع من الدعاوى ليس الدافع

إليه الرغبة في محاربة التزوير والدعاوى الباطلة حتى يقيد بحالة إنكار المدعي عليه، وإنما الدافع إليه هو أن ولي الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة، ينتج عنه مضار اجتماعية(١٣٤).

ويرى **البعض** أن عدم سماع الدعوى هنا، إنما قصد به دعوى عقد الزواج، فالنهي عن السماع في هذه الحالة مقصور على ادعاء عقد الزواج ليس إلا. أما ما يترتب على عقد الزواج من آثار– وما أكثرها– فيرى، صاحب هذا الرأي، أن الدعوى بها تسمع، لأن النهي لا يشملها. وبمقتضى هذا الرأي فإن عدم بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية، لا يمنع من سماع دعوى النفقة والطاعة والصداق والميراث وغير ذلك من آثار عقد الزواج، ولو كانت سن أحد الزوجين وقت العقد تقل عن السن المحددة في القانون، لأن هذه الدعاوى، في رأيه، لا تسمى دعاوى زوجية، بل تسمى دعاوى النفقة أو الطاعة أو الصداق أو الميراث.

ويعارض البعض الآخر هذا التفسير، ويقدر أنه على قدر كبير من الخطورة، لأن عقد الزواج غير مقصود لذاته، بل لما يترتب عليه من آثار. فمن يدعي الزواج، لا يقصد بدعواه ولا يستفيد منها إلا الآثار المترتبة عليه، وولي الأمر أبعد نظرًا من أن يكون مقصده من هذا القانون النهي عن سماع دعوى عقد الزواج فقط، دون النهي عن سماع دعوى النفقة والطاعة

(١٣٤) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

والميراث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج لأنه لو كان مقصده هذا لأصبح نهيه عديم الأثر والقيمة، إذ في استطاعة المدعي أن يترك دعوى عقد الزواج ويدعي ما يشاء من الآثار المترتبة عليه، فتسمع دعواه، ويحكم له بما طلب وحسبه هذا وكفى، ثم هو في غنى عن الحكم له بثبوت عقد الزواج نفسه مادام يستطيع الحصول على الحكم له بما يشاء من آثار هذا العقد بدون استثناء، وحاشا أن يكون قصد ولي الأمر هذا العبث البعيد عن الحكمة. على أن تصريح واضع القانون عن قصده من هذا النهي، وهو أنه رأي المصلحة العامة في تأخير عقد الزواج حتى يبلغ الزوجان السن المحددة. فمنع من مباشرة عقد الزواج قبل هذا السن، ومنع القضاء من سماع دعوى الزوجية خلافًا لذلك إلا بأمر يصدر منه، وتصريحه هذا يدل من غير شك على أن هذا النهي شامل عقد الزواج، وكل دعوى بحق يترتب على عقد الزواج(١٣٥).

ووفقًا لرأي ثالث، نرجحه، فإن المسألة تحتاج إلى تفصيل أكثر، إذ لاشك أن دعوى عقد الزواج تكون غير مسموعة إذا كانت سن أحد الزوجين تقل عن السن المحددة في القانون وقت الدعوى قولاً واحدًا. أما الحقوق التي تنشأ عن الزواج فهي قسمان: فما لا يتوقف منها على ثبوت عقد الزواج، إذا ادعي، لا بناء على عقد الزواج؛ كالنسب والمهر، فإنهما قد يثبتان بالوطء بشبهة، فلا ريب أنه غير منهي من سماع الدعوى، ولو كان سن الزوجة أقل

---

(١٣٥) راجع في عرض هذه الآراء: أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عامًا، مبدأ ٥٧، ص ٢٥٦.

من السن المحددة، لأن القاضي لا يسمع في ضمن الدعوى بها دعوى زوجية، بل يسمع دعوى وطء بشبهة مثلا.

أما الحقوق التي تتوقف على ثبوت عقد زواج صحيح، كالنفقة والإرث، فهذه لا يجوز سماعها إلا بعد بلوغ الزوجين السن المحددة.

٥٢- **أما عن موقف القضاء**، في هذه المرحلة، فقد كانت المحاكم تذهب في أول الأمر إلى الحكم بعدم سماع دعوى الزوجية عند الإنكار، أما إذا كان النزاع في أثر من آثارها فقط، كالنفقة والطاعة والصداق والميراث وغير ذلك، فكانت تسمع الدعوى وتسير فيها.

ولذلك، أصدرت وزارة العدل المنشور رقم ٢٩ لسنة ١٩٣١، متضمنًا أنه: "تبين للوزارة أن بعض المحاكم الشرعية لا تحكم بعدم سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجية تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة، بالتطبيق للفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من لائحة سنة ١٩٣١ إلا إذا كان هناك نزاع بخصوص الزوجية، فأما إذا كان في أثر من آثارها فقط كالنفقة والطاعة، فإنها تسمع الدعوى وتسير فيها، وبما أن الغرض من تحديد سن الزواج لا يتحقق إلا بالمنع من سماع الدعوى مطلقًا، سواء أكان النزاع في ذات الزوجية، أم فيما يترتب عليها من الآثار، فتحقيقًا لغرض الشارع، تلفت الوزارة نظر المحاكم الشرعية إلى تطبيق هذه الفقرة على إطلاقها فيما إذا كانت سن الزوجين أو أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحدودة...".

٥٣- من ناحية، فإن الواقع يشهد بأن بعض الأشخاص يعمدون إلى الخروج على نص تحديد سن الزوجين وذلك بالالتجاء إلى تحديد السن عن طريق الأطباء باستخراج شهادة تفيد تجاوز الزوج أو الزوجة السن المقررة قانونًا، أو تفيد بلوغهما هذه السن، أو بإقرار من المأذون على مسئوليته تفيد أنه لا يشتبه في بلوغ الزوجين السن القانونية.

فإذا ذكر الشهود في عقد الزواج بلوغ الزوجين السن القانونية، فهل يعتبر ذل تغييرًا للحقيقة في محرر رسمي معاقب عليه بعقوبة الجناية باعتبارها تزويرًا معنويًا، أم لا؟

قررت محكمة النقض في حكم لها صادر بتاريخ ١٩٣٠/١١/٢٩: "إن الزواج عقد قررته الأحكام الدينية والمدنية، تنظيمًا لأمر طبيعي لا محيص البتة منه، وهو الضرورة الدافعة لتلاقى الذكر بالأنثى متى بلغ أيهما حد النضوج الجنسي، وهذه الضرورة يستحيل معها لأي شرع سياسي أن يمس أصل حلية الزواج لأي ذكر وأنثى غير محرمين، وكل ما في الأمر أن ما توجبه الضرورات الاجتماعية من مراعاة المتزوجين مراعاة صحية حميدة الأثر في الأمة، تبيح لأولي الأمر عن طريق السياسة الشرعية أن يتخذوا من التدابير ما به يقللون جهد الاستطاعة أن يحصل زواج بين فردين أحدهما أو كلاهما لما يبلغ سنا معينة خاصة، معها يغلب الظن حيازته لدرجة كافية من الخبرة والاتزان العقلي اللازمين لحسن الحال في المعيشة الزوجية، ويترجح معها أن الزواج غير مؤذٍ، بل إنه منتج لنسل قوي صالح للمغامرة

في الحياة، ويحتمل ما فيها من كد وعناء. ولكن، مهما تكن تلك التدابير، فلا يجوز قطعًا أن تصل إلى تحريم الزواج على من لم يبلغ تلك السن، وإلا كان الشارع معاندًا للطبيعة، فلا تلبث أن تثأر لنفسها بإحباط عمله ومقابلته بنشر الزنا بين صغار السن، ويصبح وقد وقع فعلا فيما يريد اتقاءه، زاد عليه كثرة النسل الضعيف من الأولاد غير الشرعيين".

وبالتالي، يمكن القول إن الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، ليس لها من أثر على عقد الزواج ذاته، سوى الموقف السلبي من ناحية عدم سماع الدعوى، ويبقى عقد الزواج على أصله الشرعي من حيث صحته وعدم صحته بمعناها الواسع(١٣٦).

(١٣٦) ومع ذلك، فقد جاء القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣، حيث نصت مادته الثانية على أن يعاقب من يدلي بمعلومات كاذبة يبني عليها عقد الزواج على النحو الآتي: "يُعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه، كل من أبدى أمام السلطة المختصة- بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونًا لضبط عقد الزواج- أقوالا يعلم أنها غير صحيحة، أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك، حتى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق.

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج إذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة قانونًا.

المطلب الثاني

المراحل اللاحقة على العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠

٥٣- في سنة ٢٠٠ أصدر المشرع المصري القانون رقم (١)، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية[١٣٧]، وقد قررت المادة السادسة من قانون إصداره أنه: "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره".

وقد نصت المادة الرابعة من قانون الإصدار على أن: "تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١. ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥، ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧، كما يُلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق".

وبناء على ذلك، أورد المشرع في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، المادة (١٧)، التي حلت محل المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة.

---

(١٣٧) الجريدة الرسمية، العدد ٤ مكرر في ٢٩/١/٢٠٠٠.

وقد نصت المادة (١٧) على الآتي: "لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية، أو كان سن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى.

ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج- في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١- ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة.

ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدي الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه"[١٣٨].

ولقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، تعليقًا على نص المادة (١٧) منه ما يأتي:

"وتقابل المادة (١٧) من المشروع بفقراتها الثلاث، الفقرات الرابعة والخامسة والسابعة من المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، مع

(١٣٨) يقابل هذا النص نص المادة (٩٢) من القانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤، في شأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت، الذي ينص على الآتي: "في الحوادث الواقعة من تاريخ العمل بهذا القانون:
لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية أو سبق الإنكار إقرار بالزوجية في أوراق رسمية. ويستثنى مما ذكر ما إذا كانت الدعوى سببًا لدعوى نسب مستقل، أو نسب يتوصل به إلى حق آخر، ويكون الحكم بالنسب في ذلك حكمًا بالزوجية تبعًا.
ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن خمس عشرة سنة أو سن الزوج عن سبع عشرة سنة وقت رفع الدعوى".

تعديل مواقع الأحكام، وإضافة حكم جديد للفقرة الثانية[١٣٩]، واستبدال تعبير عدم القبول بعدم السماع".

ورغم العمل بالمادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، إلا أن إثبات الزواج في المراحل السابقة يظل محكومًا بلائحة ترتيب المحاكم حسبما تقرر في كل مرحلة من المراحل الأربع التي حددتها.

وبعبارة أخرى، فإن إثبات الزواج في هذه المراحل يظل خاضعًا لأحكام المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية واللوائح السابقة عليها، عملاً بالقاعدة الأساسية في تحديد أدلة الإثبات عند تنازع القوانين في الزمان.

وسنعرض فيما يلي لحكم الفقرة الثانية من المادة (١٧)، الخاصة بالدعاوى الناشئة عن عقد الزواج ثم نعالج حكم الفقرة الأولى، الذي يقيد قبول دعوى الزوجية ببلوغ الزوجين سنًا معينة.

§١- تقييد قبول دعوى الزوجية بالوثيقة الرسمية

٥٤- نصت الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، على الآتي:

"ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج- في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١- ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة

---

(١٣٩) والحكم الجديد المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (١٧)، هو الذي ينص: "ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة".

رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة".

يلاحظ بداية أن هذه الفقرة تتكون من شقين. الشق الأول، يقابل الفقرة الرابعة من المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، مع إدخال بعض التعديلات التي تهدف إلى ضبط النص. أما الشق الثاني، فيتضمن حكمًا مستحدثًا، تقرر بمقتضاه قبول دعوى التطليق أو الفسخ ولو لم يكن الزواج موثقًا. ونعرض هنا لمعالجة هذين الحكمين.

١- الحكم الأول:

٥٥- من المهم، بادئ ذي بدء، ملاحظة الاختلاف الذي طرأ على صياغة الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، عن تلك الصياغة التي كانت عليها المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

فقد كانت المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص على أنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أغسطس سنة ١٩٣١"[١٤٠].

وقد تلافى المشرع في المادة (٢/١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، ما كان يوجه إلى لائحة ترتيب الشرعية من نقد وذلك من ناحيتين:

---

(١٤٠) نص المادة التاسعة من القانون المدني المصري على أنه: "تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدمًا النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

الأولى: استعمل صيغة: لا تقبل عند الإنكار الدعاوى...، بدلا من صيغة: لا تسمع عند الإنكار... والصيغة المستحدثة أدق كثيرًا من الصيغة السابقة.

الثانية: استبعد احتمال تخصيص الوثيقة بالوثيقة الصادرة من الموثق المختص بتوثيق عقود الزواج دون غيره، وفتح الباب لدخول كافة الوثائق الرسمية في الاعتبار، وذلك بحذف كلمة زواج من النص وورود العبارة بلفظ "لا تقبل... إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية...".

والحقيقة، أن علة هذا الحكم- الذي يشترط إثبات الزواج بالوثيقة الرسمية حتى تقبل الدعوى- تتمثل في رغبة المشرع في حفظ حقوق الزوجية وحماية مصالحها الناشئة عن الزواج بصيانة عقد الزواج الذي هو أساس رابطة الأسرة، عن العبث والضياع وبالجحود والنكران إذا ما عقد الزواج بدون وثيقة رسمية وأنكره أحدهما، وعجز الآخر عن الإثبات. ومنع ذوي الأغراض السيئة من رفع دعاوى الزوجية أمام المحاكم زورًا وبهتانًا وهو ما يمس السمعة والاعتبار. وإذا كانت الأسرة هي الخلية الأولى للمجتمع، فإن هذا القيد يكون قد قصد به مصلحة عامة، ويعد بالتالي متعلقًا بالنظام العام، ويتعين على المحكمة التصدي له من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به الخصم[١٤١].

وبعبارة أخرى، فإن اشتراط توثيق الزواج يحقق هدفين مهمين، ويتمثلان في الآتي:

---

(١٤١) عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، طبعة ١٩٨٩، ص١٦٠.

١- المحافظة على حقوق الزوجين المترتبة على عقد الزواج، باعتبار أن هذا العقد هو الرابطة بين الطرفين، وبالتوثيق الرسمي يصعب الإنكار وتحمي الحقوق.

٢- القضاء على ظاهرة رفع الدعاوى الكيدية المتعلقة بالزواج، وعادة ما كانت تتم باصطناع أدلة عرفية مزيفة أو الاستناد إلى شهادة زور، لإثبات ما ليس بحق، وقد شاعت في الناس تلك القصة القديمة التي موجزها: "شاهداك زوجاك".

٥٦- شروط إعمال الحكم:

يفهم من نص المادة (٢/١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، أنه يلزم توافر شرطين، حتى يحكم بعدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، ويتمثل هذان الشرطان في الآتي:

الشرط الأول: عدم وجود وثيقة رسمية:

٥٧- من المقرر أن المقصود "بالوثيقة الرسمية"، المذكورة بالمادة (٢/١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي، ما هو أعم من تلك الوثيقة المعروفة التي تحرر بمعرفة المأذون.

فالوثيقة الرسمية تشمل أولاً، وثيقة عقد الزواج التي يحررها الموظف المختص بتحرير عقد الزواج، وهو بالنسبة لعقود زواج المسلمين من

المصريين، المأذون الشرعي، حيث يختص دون غيره بهذا العمل، بالإضافة إلى اختصاصه بتحرير شهادات الطلاق والرجعة والتصادق(١٤٢).

كما يدخل في مفهوم هذه الوثيقة، كل ورقة رسمية أسبغ عليها القانون حجة بشأن ما يثبت فيها، فقد تكون الوثيقة الرسمية وثيقة زواج إنشائية، أو تكون بطريق التصادق على الزواج- بمعنى أن الزواج حصل عرفيًا ثم ذهب الطرفان والشهود إلى المأذون فأثبتا زواجهما مستندًا إلى تاريخ سابق على تاريخ إثباته، وكلا الاثنين يطلق عليه وثيقة زواج.

وعلى هذا، فإن كل إنشاء زواج أو تصادق عليه يثبته القاضي في مضبطته أو محضره، أو أثبته المأذون في دفتره، أو القنصل في سجله، كان ذلك وثيقة رسمية بالزواج أو التصادق(١٤٣).

وهكذا، فإنه يقوم مقام الوثيقة الرسمية التي يحررها المأذون، الصلح الذي يوثقه القاضي، إذا أقر الزواجان بالزوجية أمامه، وتصالحا، وطلبا إثبات الصلح بمحضر الجلسة، عملاً بالمادة ١٠٣ من قانون المرافعات(١٤٤).

---

(١٤٢) راجع المادة (١٨) من اللائحة الخاصة بالمأذونين الصادرة بقرار وزير العدل في ١٩٥٥/١/٤.

(١٤٣) نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي، ط٢٠٠٣، ص٢٩٢؛ أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور على، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ٢٠٠٨- ٢٠٠٩، ص١٠٩- ١١٠.

(١٤٤) تنص المادة ١٠٣ مرافعات على أنه: "للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حال تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع كل منهم أو وكلائهم. فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة واثبت محتواه فيه. ويكون لمحضر الجلسة في الحالتين قوة السند التنفيذي، وتعطي صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام".

وإذا كان الزوجان من المصريين غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة، كان الموظف المختص هو الموثق المنتدب الذي يعين بقرار من وزير العدل(١٤٥).

وإذا كان أحد الزوجين غير مسلم، مصريًا أو أجنبيًا، أو كان الزوجان أجنبيان، كان مكتب التوثيق هو المختص بتوثيق العقد، على ما سنرى في إثبات زواج غير المسلمين من المصريين.

صفوة القول، إذن، أن الشرط الأول لقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج هو أن توجد وثيقة رسمية بالمعنى السابق. فإذا لم توجد هذه الوثيقة الرسمية، حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى- مع توافر الشرط الثاني وهو الإنكار- وبالتالي، لن يمكن حينئذ إثبات الزواج بأية أدلة أخرى من أدلة الإثبات، لا بشهادة الشهود، ولا بالنكول عن اليمين، لأن الدعوى به أصلا غير مقبولة. وبعبارة أخرى، فإن الوثيقة الرسمية تؤدي دورًا مزدوجًا، حيث إنها شرط لقبول الدعاوى الناشئة عن الزواج، كما أنها، في نفس الوقت الدليل القاطع على ثبوت رابطة الزوجية؛ فهي شرط لقبول الدعوى، ودليل لإثبات عقد الزواج.

---

(١٤٥) لائحة الموثقين المنتدبين- الوقائع المصرية، العدد ١٠١، في ١٩٥٥/١٢/٢٩.

الشرط الثاني: إنكار الزوجية:

٥٨- يقصد بإنكار الزوجية ذلك الإنكار الذي يتم أمام القضاء من أحد الطرفين على ادعاء الطرف الآخر بقيام رابطة الزوجية بينهما. فإذا رفعت دعوى الزوجية أو الإقرار بها، ولم يحضر الخصم أمام المحكمة، فلا يعني ذلك إنكارًا، إذ يؤخذ هنا بقاعدة: لا ينسب لساكت قول ما.

وإذا حضر الخصم والتزم السكوت، فإن هذا السكوت لا يعتبر أيضًا إنكارًا، لأن القاعدة الفقهية السابقة في هذه الحالة هي أنه لا ينسب لساكت قول ما.

أما إذا حضر الخصم ودفع سماع الدعوى بعدم تقديم وثيقة زواج رسمية، فإن ذلك منه يعد إنكارًا للزوجية. والعلة من هذا الشرط، تتمثل في أن إقرار الخصم وعدم إنكاره لما يدعيه الطرف الآخر من وجود رابطة زوجية بينهما، يعني ثبوت رابطة الزوجية بمقتضى هذا الإقرار، إذ يكون الطرفان قد أقرا أمام القضاء بقيام عقد الزواج بينهما، ويكون حكم المحكمة، في هذه الحالة، بمثابة الوثيقة الرسمية بالزوجية. أما الإنكار- مع عدم وجود وثيقة رسمية بالزواج- فيؤدي، حتمًا إلى عدم قبول الدعوى، وبالتالي عدم ثبوت رابطة الزوجية.

من ناحية أخرى، فإنه لا يلزم أن يكون الإنكار صريحًا، بل يجوز أن يكون ضمنيًا. ويعتبر تقدير الإنكار من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض[١٤٦].

وتطبيقًا لذلك، قضت محكمة النقض بأن: تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة من عدمه، من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، مما لا يجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض، مادام يقوم على أسباب مقبولة تكفي لحمله، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص إنكار المطعون عليها الأولى للزوجية وتمسكها بالدفع بعدم سماع دعوى الزوجية حتى الفصل فيها، استخلاصًا سائغًا له أصله الثابت في الأوراق[١٤٧].

وفي حكم آخر، لمحكمة النقض المصرية[١٤٨]- صادر أيضًا في ظل العمل بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومازال يعتد به بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، لاتحاد حكم القانونين في المسألة- أيدت محكمة النقض ضرورة توافر الشرطين المشار إليهما وهما: الوثيقة الرسمية بالزواج، وإنكار الزوجية، حيث قضت بأن إقرار الزوج في البطاقة العائلية بالزوجية لا يعتبر سندًا رسميًا بالزواج، ولا يغني عن وثيقة الزواج الرسمية.

---

(١٤٦) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ص١٤٧- ١٤٨.

(١٤٧) نقض أحوال ١٩٧٥/٦/١١، م. م. ف، س٢٦، ق٢٢٦، ص١١٨٠.

(١٤٨) نقض أحوال ١٩٦٧/٥/٣١، م. م. ف، س١٨، ق١٧٨، ص١١٩٣.

وفي هذا المعنى قررت محكمة النقض أنه: "...في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ووفقًا للفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية تصدر أو يصدر الإقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها، وطلب استخراج البطاقة العائلية لا يدخل في هذا النطاق، ولا يحمل معنى الرسمية. وإذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الزواج المدعي بحصوله في سنة ١٩٥٥، "فلا تسمع الدعوى به إلا إذا كان ثابتًا بوثيقة زواج رسمية من موظف مختص بتوثيق عقود الزواج، سواء أكانت الدعوى في حال حياة الزوجين أم بعد الوفاة"، والإقرار المعول عليه في هذا الشأن "هو الإقرار الذي يحصل في مجلس القضاء، أما الإقرار الذي يحصل خارج مجلس القضاء أو في ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقود الزواج، فلا يؤخذ به ولا يعول عليه".

وقد تأكد هذا الحكم في ظل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، حيث أخذت محكمة استئناف أسوان[١٤٩]، بمبدأ مهم، وهو أن الزوجة المتزوجة عرفيًا ترث في زوجها مادام لم يتم إنكار ذلك الزواج العرفي، وقضت بأحقية ربة منزل في الحصول على ميراث زوجها المتوفى ومشاركة

(١٤٩) جريدة الأهرام المصرية في ٢٠١٠/٢/٤.

أبنائه من زوجته الأولى في الميراث. وكان أبناء الزوج المتوفى قد أقاموا دعوى طالبوا فيها بحرمان زوجة أبيهم الثانية من الحصول على نصيبها في ميراثه لأنها تزوجته عرفيًا، وزعموا أنها كانت في عصمة رجل آخر أثناء زواجها عرفيًا من والدهم المتوفى. إلا أن مطلقها أقر أمام المحكمة بتطليقه لها إلا أنه لم يقم بتوثيق ذلك الطلاق. وأخذت المحكمة بإقرار الزوج واستندت إلى أن الطلاق يجوز إثباته بالإقرار والإشهاد الرسمي أو شهادة الشهود، فأصدرت حكمها المتقدم.

ورغم ما يمكن أن يسجل على هذا الحكم من مآخذ كثيرة، إلا أن أهميته تكمن في تأكيده على أهمية شرط إنكار الزوجية حتى لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، ومنها دعوى المطالبة بالميراث.

من ناحية أخرى، فقد قضت محكمة النقض[١٥٠]، بأن "الإنكار المانع من سماع الدعوى مما يصح نفيه بكافة طرق الإثبات، فلمن لم تقبل دعواه بسبب عدم توثيقها، مع إنكار المدعي عليه الزواج، أن يدفع هذا الإنكار بكافة طرق الإثبات، فله أن يدفع صدوره أصلا، أو يثبت أن صدوره كان خارج مجلس القضاء، أو يثبت إقرارًا سابقًا ينفي هذا الإنكار، ولو كان قد صدر- الإقرار- خارج مجلس القضاء متى كان يمكن إثباته قانونًا".

---

(١٥٠) نقض أحوال، ١٩٦٨/٥/١، م. م. ف، ص١٩، ص٨٩٨.

٢- الحكم الثاني:

٥٩- ورد هذا الحكم المستحدث في الشق الثاني من الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، حيث نص على الآتي:

"ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة".

والسبب وراء هذا الحكم المستحدث، أن المشرع المصري أراد مواجهة مشكلة الحالات التي ينعقد فيها الزواج بغير وثيقة رسمية، وهو ما اصطلح على تسميته "بالزواج العرفي"، وفيه تواجه الزوجة مأزقًا خطيرًا، إذا قام لديها سبب من الأسباب التي يحق لها مع قيامه، طلب التطليق. كهجر الزوج لها، أو إيذائها، أو عدم الانفاق عليها، ...إلخ. فهي حينئذ لا تستطيع أن تلجأ إلى القضاء، لأن دعواها لن تقبل. وفضلاً عن ذلك فإنها لا تستطيع الإقدام على زواج جديد، لأنه يقع على زواج قائم، فيأتيه الإثم شرعًا وقانونًا، وهي أسيرة علاقة زوجية فرضها عليها من لم يرع الله فيها، وقصد إلى تعليقها إضرارًا بها. أو بأن قام به سبب لطلب التطليق ولا يريد أن يطلقها. وإخراجًا للزوجة من هذا المأزق فقد استحدث المشرع النص على قبول دعوى التطليق وحدها، دون الدعاوى الأخرى التي تنشأ عن الزوجية، إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة. على أن لازم إعمال الحكم هو أن يكون الزواج ثابتًا بأية كتابة، ومنها عقود الزواج التي تبرم لذلك، أو إقرار الزوج في ورقة

رسمية كمحضر شرطة أو محضر توقيع مجز أو إعلان قضائي بالزوجية، أو خطابات بخط الزوج قاطعة في عباراتها بقيام الزوجية.

وبهذا الحكم المستحدث يفتح المشرع بابًا للرحمة بالزوجات اللائـي وقعن في مشكلة الزواج العرفي، ولا تجدن مخرجًا منه، بسبب عـدم قبـول دعوى الزوجية المستندة إليه، فأتاح لهن المشرع قبـول دعـاواهن بطلـب التطليق وواجه بذلك أمرًا واقعًا، فيه إعنات للمرأة يتمثل في تعليقها على ذمة الزوج الذي عقد عليها بزواج عرفي، ثم هجرها وأهملها، أو غاب عنها إلـى حيث لا تعلم، ولا تجد فكاكا من وصمة مثل هذا الزواج، فيجيز لها القـانون رفع دعوى التطليق عليه، وتقبل دعواها هذه إذا كان زواجها ثابتًا بأية كتابة، وفي هذا الأمر عدل، وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة.

وغني عن البيان أن الحكم بالتطليق في مثل هذه الحالات لا يترتـب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفي بما يحرر الزوجة منها، ويفـتح لهـا آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة، ولا يترتب على ذلك الحكم بـالتطليق ما يترتب من الآثار الأخرى للحكم بالتطليق في زواج رسمي موثق.

٦٠- والثابت شرعًا أن الزواج الشرعي هو ذلك العقد الذي استوفى أركانـه وشروطه الشرعية من إيجاب وقبول وولاية وشهادة وصداق وإعـلان[١٥١]، هذا الزواج كان هو الصيغة التي ارتضاها المجتمع، وهو الذي ظل قائمًا بين

---

(١٥١) راجع ما سبق، بند ٢٨ وما بعده.

السلف والخلف بدون توثيق في المجتمع حتى سنة ١٩٣١. ولذلك كان الزواج غير الموثق، أو ما يسمى بالزواج العرفي هو الزواج الشرعي، حيث تعانق الواقع مع الشرع، ولم يكن ثمة مغايرة بين ما هو شرعي وما هو عرفي، لأن العرف سار على وفق الشرع وفي كنفه، وصح القول بأن الزواج العرفي هو زواج شرعي، بالنظر إلى أن الزواج العرفي متطابق مع الحقيقة الشرعية يدور في فلكها، ويلتزم بمقرراتها.

وينبغي أن يكون معلومًا أن الزواج الشرعي لا يقبل الانتقاص من أركانه وشروطه التي دلت عليها النصوص وأجمعت عليها الأمة، وبقدر الإخلال بالأركان أو الشروط يفقد حقيقته الشرعية أو ينتقص منها، بحسب تخلف الركن أو الشرط، كما أنه بحسب احكام واستيفاء الحقيقة الشرعية، يبلغ المنتهي في التمام والكمال، كما هو الشأن فيما اشترطه القانون من توثيق العقد، وتسجيله في وثيقة رسمية، إذ أن في الاستمساك بهذا الشرط ضمان للحقوق، واستيثاق لرعاية الأحكام الناشئة عن العلاقة الزوجية، وحماية الأولاد، والنشء، من الفرار المفاجئ من أعباء الزوجية، والحفاظ على قدسية هذا الميثاق الغليظ.

إن الحكم الذي أتى به نص المادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، هو حكم جديد، يتمثل في قبول دعوى التطليق أو الفسخ استثناء على الأصل العام، الذي أكده صدر الفقرة، والمتمثل في ضرورة وجود وثيقة الزواج الرسمية لقبول دعوى الزوجية عند الإنكار. ذلك أن النص إذا كان قد

خلص إلى قبول دعوى التطليق أو الفسخ من الناحية الإجرائية، متى كانت العلاقة الزوجية ثابتة بأية كتابة، فإن مفاد ذلك أن أية كتابة تكون في حوزة المتزوجة بدون وثيقة، وتكون كافية في إثبات العلاقة الزوجية، فإنها تكفي لقبول دعوى التطليق. ومن قبيل ذلك مثلاً، إرسال الزوج خطابًا إلى الزوجة يخاطبها فيه بهذه الصفة (إنها زوجته)، بما يدل على وجود العلاقة الزوجية بينهما. أو ورقة تتضمن ضمن ما اشتملت عليه بيانًا لقيام رابطة الزواج، كعقد إيجار شقة ورد به أن العين مؤجرة لسكن المستأجر وزوجته، أو استمارة بيانات حررها الزوج عند نزوله مع زوجته في أحد الفنادق، إلى غير ذلك مما يستفاد منه ثبوت العلاقة الزوجية بالمستند المقدم وحده في الدعوى، أو استكماله بشهادة الشهود المؤيدة له، إذا ما قدرت المحكمة ذلك، وخلصت إليه وصولا لإثبات العلاقة الزوجية بين الطرفين بالدليل الكتابي أو مبدأ ثبوت بالكتابة، تخليصًا للزوجة من هذه العلاقة التي لا تكفل الأمان والاستقرار للزوجة.

٦١- التطليق أو الفسخ من زواج عرفي:

ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد، أن التطليق الذي توقعه المحكمة نيابة عن الزوج، باعتبارها ممثلة لولي الأمر، إنما يكون في عقد زواج صحيح، لأن الطلاق مناطه العقد الصحيح، إذ هو مفارقة الرجل المرأة بحل عقدة الزوجية بينهما، وهو إجراء محدد في عدد مرات استخدامه بثلاث

مرات. ويترتب عليه إنهاء العلاقة الزوجية في الحال، كما في الطلاق البائن، أو في المآل كما في الطلاق الرجعي؛ لكن يلاحظ أن تطليق المحكمة هو طلاق بائن، سواء كان بعد الدخول أم قبل الدخول.

أما بالنسبة للفسخ، فإنه حل للرابطة الزوجية بسبب خلل وجد في العقد عند إبرامه، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره. ومثال ذلك، فسخ العقد بسبب زواج البالغة العاقلة بغير كفء أو بأقل من مهر المثل، أو بسبب فوات خيار البلوغ. وقد يكون الفسخ نتيجة لطارئ طرأ على العقد، كالفسخ بسبب الردة، أو بسبب ارتكاب أحد الزوجين للفعل المحرم مع أصول أو فروع الزوج الآخر.

٦٢- ويلاحظ أن إجابة المحكمة لطلب التطليق للمتزوجة عرفيًا مرهون بوجود سبب يبرر التطليق، مثل إلحاق الضرر بالزوجة لبقائها أسيرة لزوج هجر الحياة الزوجية، أو دائم الاعتداء عليها، أو لوجود عيب من العيوب التي تبرر التطليق، أو بسبب تعنته معها، والإصرار على إبقائها على عصمته نكاية وتعذيبًا فتكون معلقة لا تتوافر لها الحياة كزوجة بالمعنى الكامل، ولا هي مطلقة تستطيع أن تستأنف حياة زوجية جديدة. وعبء إثبات وجود مثل هذه المبررات إنما يقع عاتق الزوجية، باعتبارها مدعية، وإن كان يمكن أن تثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.

من ناحية أخرى، ليس من حق الزوجة طالبة التطليق، أن تطالب بأية حقوق مالية، مثل الحق في مؤخر الصداق أو المتعة أو نفقة العدة، أو غيرها من الحقوق المالية الناشئة عن العلاقة الزوجية في هذه الحالة.

أخيرًا، فإن الحكم المستحدث في الشق الثاني من الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، يمثل استثناء من الأصل العام على النحو الآتي:

من ناحية أولى، يكتفي المشرع في قبول دعوى التطليق أو الفسخ بأية كتابة، رسمية أو عرفية، وليست وثيقة زواج رسمية. والكتابة المشار إليها، يستوي أن تكون رسمية صادرة من موظف مختص، كأن يعترف الزوج بالزوجية في ورقة رسمية غير معدة للإثبات، كالبطاقة العائلية للزوج، أو عقد بيع مسجل، كما لو باع لزوجته التي تزوجها عرفيًا، باعتبارها زوجته، عقارًا؛ منزلاً أو شقة أو أرض مثلاً، ثم سجل هذا العقد بطرق التسجيل الرسمية. أو تكون ورقة عرفية، كخطابات متبادلة ممهورة بتوقيع الزوج يقر فيها بقيام رابطة الزوجية.

من ناحية ثانية، فإن نص المادة (٢/١٧)، المشار إليه، لم يتعرض للإقرار بالزوجية، كما كانت تنص المادة ٩٩ في فقرتها الرابعة، حيث تشترط أن يكون الإقرار هو الآخر ثابتًا بوثيقة رسمية في حال حياة الزوجية أو بعد وفاتهما. وهذا معناه أن الإقرار بالزوجية تقبل الدعوى به إذا كان ثابتًا في ورقة رسمية وفقًا للمعنى المتقدم.

من ناحية ثالثة، فإن دعوى التطليق تقبل، إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة، أي سواء كان الزواج ثابتًا بورقة رسمية أو بورقة عرفية.

وهذا كله يدل على أن المشرع يتجه إلى التيسير في إثبات الزواج، وهذا التيسير سوف يفتح الباب لإثبات كثير من حالات الزواج العرفي.

ولذلك، يجب عندئذ التثبت من أن عقد الزواج العرفي قد تم مستكملا أركانه وشروط انعقاده وشروط صحته، قبل الحكم بالتطليق، لأن هذا الأخير لا يرد- كما ذكرنا آنفا- إلا على زواج قائم وصحيح.

§ ٢- نطاق اشتراط الوثيقة الرسمية لقبول دعوى الزوجية

٦٣- لقد استقر القضاء المصري- مؤيدًا بالرأي الغالب من الفقه- في ظل العمل بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ثم في ظل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، على أن اشتراط وجود وثيقة رسمية بالزواج إنما يقتصر على الدعاوى الناشئة عن الزوجية. ومن ثم فتخرج من نطاقه بعض الدعاوى المهمة التي تقبل بغير هذه الوثيقة الرسمية: كدعوى إثبات الرجعة، ودعوى إثبات الإرث بسبب البنوة، ودعوى امتداد عقد الإيجار لمصلحة الزوجة.

وبعد صدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، اتجه البعض إلى التوسع في تفسير المادة (٢/١٧) بما يضيف إلى الدعاوى المستثناه السابقة، الدعاوى التي تتعلق بانعقاد عقد الزواج أو بشروط صحته ونفاذه ولزومه.

ونرى من المفيد أن نعرض لهذا الرأي أولا، ثم للدعاوى التي يتفق الفقه والقضاء على استثنائها من شرط الوثيقة الرسمية.

أولاً- مدى اشتراط الوثيقة الرسمية لقبول دعوى انعقاد وصحة ونفاذ ولزوم الزواج:

٦٤- يرى البعض[١٥٢]، إنه بصدور قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، ضيق المشرع من دائرة المنع من قبول الدعوى أو رفضها، وذلك من ناحيتين:

الأولى: إنه قصر المنع من قبول الدعوى للسن أو لعدم التوثيق على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، أما الدعاوى التي تتعلق بانعقاد عقد الزواج أو بشروط صحته أو بشروط نفاذه ولزومه، سواء رفعت من الزوج أو من الزوجة، فنص المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، لم يتناولها، وليس حكمها باقيًا على حكم المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، لأن قانون إصدار القانون رقم (١) بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي، قد ألغى بمادته الرابعة عدة قوانين أولها (في المادة الرابعة) لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١. وبذلك يكون ادعاء الزوجية ذاتها مسكوتا عنه، فيرجع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، بمقتضى الإحالة المقررة بالمادة الثالثة من قانون

---

(١٥٢) أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور على، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ٢٠٠٨- ٢٠٠٩، ص١٠٨.

الإصدار المذكور. وليس في مذهب الحنفية ما يمنع من سماع ادعاء الزوجية أو طلب إبطالها أو فسخها لتخلف شرط من شروط الزواج بسبب عدم بلـــوغ السن، أو غياب التوثيق.

الثانية: إنه قد استثنى صراحة دعوى التطليق أو الفسخ في الزواج الثابت بأية كتابة، وذلك بالنص عليه في عجز الفقرة الثانية من المـــادة (١٧). وحـــسب ما يراه البعض، فإن ذلك يشمل كافة أسباب التطليق ســـواء لعـــدم الإنفـــاق أو للعيب أو للضرر أو للزواج بأخرى، أو لاحتدام الخلاف بـــين الـــزوجين أو لغيبة الزوج أو حبسه. أو دعوى إثبات إيقاع الطلاق أو دعـــوى التفريـــق لبطلان الزواج أو فساده أو دعوى التطليق للردة، فهذه جميعها هي دعـــاوى تطليق(١٥٣).

ونحن وإن كنا نتفق مع الحالة الثانية على نحو ما عرضناها من قبل، فإننا لا نتفق مع الحالة الأولى من الرأي السابق. وذلك أن ادعاء الزوجية هو أول ما يسري عليه حكم الفقرة الثانية من المادة (١٧)، بعدم قبول الـــدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، ما لم يكن هذا الأخير ثابتًا بوثيقة رسمية. ويتأســـس رأينا على الأسانيد الآتية:

١- إن اشتراط الوثيقة الرسمية بالزواج لقبول الدعاوى التي تتعلـــق بانعقـــاد عقد الزواج أو بشروط صحته أو نفاذه أو لزومه، هو أول ما يهـــدف إليـــه

(١٥٣) نصر الجندي، المرجع السابق، ص٢٩٣.

المشرع من اشتراط الوثيقة الرسمية بالزواج، وهو ما استقر عليه القضاء في ظل العمل بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١، ومازال يسير عليه في ظل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

٢- إن من شأن الرأي المعارض أن يهدر إلى حد كبير أهمية الحكم الذي استحدثه المشرع في عجز الفقرة الثانية من المادة (١٧) السابقة. لأنه بفرض صحة هذا الرأي لم يكن المشرع إذن بحاجة إلى استحداث هذا الحكم الذي يسمح بقبول دعوى التطليق بغير الوثيقة الرسمية، اكتفاء بأية كتابة. لأن دعوى انعقاد عقد الزواج إذا كان من الممكن قبولها بغير وثيقة رسمية، لكان في إمكان المتزوجة عرفيًا ادعاء الزوجية وإثباتها بالشهود أو النكول، ثم تطلب التطليق أيضًا بغير وثيقة، مادام الزواج نفسه قد ثبت بغير هذه الوثيقة. ولاشك أن هذا يتعارض ووجود هذه الفقرة الجديدة، ولا يتسق ومبدأ: إعمال النص خير من إهماله.

لذلك، فإننا نرى أنه في ظل العمل بالمادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، لا يجوز أن تقبل الدعاوى التي تتعلق بانعقاد الزواج أو بشروط صحته أو نفاذه أو لزومه إلا إذا وجدت الوثيقة الرسمية بالزواج.

ثانيًا- الدعاوى التي يجوز قبولها بغير وثيقة رسمية:

٦٥- سبق أن اشرنا إلى أن الفقه والقضاء قد استقرا على أنه توجد بعض الدعاوى، المرتبطة بالزواج، ومع ذلك، فإنها تقبل بغير اشتراط وجود الوثيقة الرسمية، ومن ذلك ما يلي:

١- دعوى إثبات الرجعة:

٦٦- عرف فقهاء الحنفية الرجعة بأنها: استدامة الملك القائم، ومنعه من الزوال، وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك[١٥٤]. ومعنى هذا، أن الرجعة إبقاء على الزواج السابق على الطلاق الرجعي وليست إنشاء لعقد جديد، ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله بالبطلان. وهذا أيضًا معنى الرجعة عند المالكية الحنابلة والجعفرية، فمن راجع في عدة الطلاق الرجعي، عادت الزوجية نفسها. أما الشافعية، فالرجعة عندهم هي إعادة النكاح الذي أزاله الطلاق، ورد الزوجة إلى الزواج أثناء العدة من طلاق غير بائن، لقوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك، عن أرادوا إصلاحًا"[١٥٥].

وثبتت مشروعية الرجعة بأدلة من الكتاب والسنة:

(١٥٤) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، ١٨١/٣. مشار إليه في: أحمد بخيت وعبد الحليم، المرجع السابق، ص١٠٩.

(١٥٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

فمن الكتاب، قوله عز وجل: "وبعـولتهن أحـق بـردهن..."، أي أن للأزواج حق إرجاع زوجاتهم، وفي ذلك دليل على عدم توقف الرجعة علـى رضا الزوجة.

ومن السنة، قول الرسول، صلى الله عليه وسلم، لعمر بن الخطـاب، رضي الله عنه، في شأن ابنه عبد الله: "مره فليراجعها".

ولما طلق النبي، صلى الله عليه وسلم، حفصة، دخل عليها خالاهـا، قدامة وعثمان بن مظعون، فبكت وقالت: والله ما طلقني عن شـبع، وجـاء النبي، صلى الله عليه وسلم، "فقال: قال لي جبريل عليه السلام، راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة"[١٥٦].

والرجعة حق خالص للزوج على زوجته مادامت في عدتها من طلاق رجعي، ولا يشترط رضاها، ولا إعلامها بها. وإنما يـشترط فـي الرجعـة الآتي:١- أن يكون الطلاق رجعيًا. ٢- أن تحصل الرجعة أثناء العدة. ٣- أن تكون الرجعة منجزة غير معلقة على حصول أمر مستقبل، ولا مضافة إلـى زمن مستقبل.

وتتم الرجعة بأحد أمرين:

١- **الفعل:** بأن يطلبها للجماع، أو بالقيام بمقدماته مـن ملامـسة أو تقبيـل بشهوة، سواء صدر منه أو منها فلم يمنعها فكان دليلاً على رضاه.

---

(١٥٦) الحاكم المستدرك على الصحيحين، ١٦/٤.

٢- **القول:** بأن ينطق بما يفيد الرجعة، صراحة أو كتابة بشرط النية أو دلالة الحال.

ويرى الشافعية أن الرجعة لا تكون إلا بالقول، أما مجرد الفعل فلا تحصل به الرجعة، سواء كان الفعل من الزوج أم من الزوجة، استدلالاً بقوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحًا". فقالوا الرد إعادة الشيء بعد زواله، والإعادة لا تكون إلا بالقول.

٦٧-حكم الإشهاد على الرجعة:

يرى جمهور الفقهاء ومعهم الإمامية، أن الإشهاد أمر مستحب وليس بشرط، وذلك من باب الاحتراز على التجاحد، وإنكار الزوجة بعد انقضاء العدة، فلا يتمكن من إثباتها، وكذلك الابتعاد عن مواطن الاتهام، لأن الناس علموا بطلاقها، فإن رأوهما معًا ظنوا بأن هناك علاقة غير شرعية بينهما.

وقال الشافعي في القديم، وهو رواية لأحمد، وقل ابن حزم: إن الشهادة شرط لصحة الرجعة، فمن راجع دون إشهاد لم تصح رجعته.

ومرجع الخلاف إلى اختلافهم في مقتضى الأمر الوارد في قوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم".

فالجمهور قالوا: إنه يقتضي الندب، والآخرون أخذوا بظاهره فقالوا إنه يقتضي الوجوب.

والمعمول به في المحاكم الشرعية هو لزوم تسجيل الرجعة في عقد الزواج وذلك تحرزًا من التجاحد، ولضبط عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

٦٨- حكم المادة (٢٢) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

تنص المادة (٢٢) من هذا القانون على الآتي:

"مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يومًا لمن تحيض وتسعين يومًا لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقها، وذلك ما لم تكن حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة".

ذلك أنه قد يقع نزاع بين الزوجين حول صحة الرجعة، فلا يلزم لقبول الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية. وذلك أخذًا برأي أبي حنيفة من الرجعة هي استدامة ملك النكاح، بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، فهي ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد للزوجية القائمة، وتكون بالقول أو بالفعل، ولا يشترط لصحتها الإشهاد عليها ولا رضاء الزوجة ولا علمها، كما لا يلزم لقبول الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية، على نحو ما يشترطه القانون بالنسبة لدعوى الزوجية[١٥٧].

---

(١٥٧) وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأنه: "لا يلزم لسماع الدعوى (بإثبات رجعة الزوجية باعتبار أنها ليست إنشاء لعقد زواج بل هي امتداد للزوجية القائمة)، أن تكون ثابتة بوثيقة زواج رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية"، نقض أحوال ١٩٧٢/٥/٣١، طعن رقم ١٨ لسنة ٣٨هـ، ص١٠٥٣.

ومع ذلك، إذا كان لا يشترط لقبول دعوى الرجعة أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية، إلا أن إثبات الرجعة سيختلف بحسب ما إذا كان المدعي بحصول الرجعة هو الزوج، أم المدعي بذلك هي الزوجة على النحو الآتي:

١- بالنسبة للزوجة:

تنص المادة (٢٢) السابقة على أنه: "مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات".

إن هذا يعني أنه متى كانت الزوجة هي التي تدعي أن مطلقها قد راجعها في عدتها، فإنها تستطيع إثبات ذلك "بكافة طرق الإثبات"، بما فيها البينة والقرائن. وهذا حكم منطقي وعادل، حيث لا يعقل تقييد الزوجة بأن تقدم ورقة رسمية كدليل على المراجعة، في الوقت الذي لا تستطيع فيه إعداد هذا الدليل، لأن واقعة المراجعة إنما تتم من قبل الزوج، إن لم يكن بالفعل، فيكون بالقول دون حاجة إلى رضائها أو علمها أو الإشهاد على ذلك.

الفصل الثاني

إثبات زواج غير المسلمين من المصريين

٧٤- من المعلوم أن طوائف غير المسلمين من المصريين متعددة وتتوزع على المذاهب المسيحية الثلاثة: وهي الكاثوليك والأرثوذكس والبروتستانت، فضلاً عن طائفتي اليهود من الربانيين والقرائين. مع ملاحظة أن أهم هذه الطوائف على الإطلاق، والتي تشكل ما يزيد على تسعين بالمائة من المصريين غير المسلمين، هي طائفة الأقباط الأرثوذكس.

وبالنظر إلى أن إثبات الزواج يتصل في غايته النهائية بالمصلحة الاجتماعية، وذلك من أجل نفي أي خلط بين الزواج والعلاقات الأخرى غير المشروعة[١٥٨]، فقد اهتمت بعض الشرائع الطائفية بتنظيم إثبات الزواج، عن طريق تحديد الوسائل التي تقبل في هذا الإثبات، بينما لم تسلك بعض الطوائف الأخرى هذا المسلك، مما يجعلها تخضع في هذا الإثبات للقواعد العامة لإثبات زواج المصريين.

(١٥٨) حسام الدين كامل الأهواني، شرح مبادئ الأحوال الشخصية للمسيحيين المصريين، ١٩٨٢، ص٤٥٨.

من ناحية أخرى، فالملاحظ أن أغلب الشرائع الطائفية تجعل من بين إجراءات الزواج الشكلية، تحرير وثيقة به[١٥٩]، ومن الممكن في هذه الحالة أن تكون هذه الوثيقة وسيلة إثبات الزواج[١٦٠].

ولقد تدخل المشرع المصري ونظم كيفية توثيق زواج غير المسلمين، ومن المتصور أن يراعى حينئذ الظروف السابقة على وضع هذا التنظيم، وهذا ما حدث بالفعل، حيث جعل هذا الإثبات مماثلا لتوثيق زواج المسلمين، الذي يستلزم وجود وثيقة بالزواج.

ولهذا، فسوف نبحث أولاً كيفية إثبات الزواج في الشرائع الطائفية، ثم تنظيم توثيق زواج غير المسلمين وأثره على قواعد الإثبات، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: إثبات الزواج في الشرائع الطائفية.

المبحث الثاني: أثر تنظيم توثيق زواج غير المسلمين على قواعد إثباته.

---

(١٥٩) بل تعد هذه الوثيقة ركن في الزواج عند بعض الشرائع، مثل شريعة اليهود.

(١٦٠) وهنا تكمن الصلة بين شكلية التصرف وأدلة إثباته، حيث تؤثر الأولى، دون شك على الثانية من حيث الإعداد المسبق لدليل الإثبات حيث استيفاء الشكلية المطلوبة.

المبحث الأول

إثبات الزواج في الشرائع الطائفية

أولاً: شريعة الأقباط الأرثوذكس:

٧٥- تنص المادة ٤١/٤٣ من مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس[١٦١]، على أنه: "لا يثبت الزواج وما يترتب عليه من الحقوق إلا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج، وفي حالة ثبوت ضياع أصل العقد أو إتلافه، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة".

يستفاد من هذا النص أن شريعة الأقباط الأرثوذكس توجب، من حيث المبدأ، أن يتم إثبات الزواج بالصورة الرسمية للوثيقة التي يحررها الكاهن بعد إتمام الزواج[١٦٢].

(١٦١) لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس في مصر مجموعتان قانونيتان: الأولى هي مجموعة ١٩٣٨، والمعتمدة من المجلس الملي العام للطائفة، ولذلك يعول عليها القضاء المصري باعتبارها شريعة للأقباط طبقا للفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠. والثانية هي مجموعة سنة ١٩٥٥، وهي لم تعرض المجلس الملي العام.

(١٦٢) وتشتمل وثيقة الزواج على البيانات الآتية:

اسم كل من الزوجين ولقبه وصناعته ومحل إقامته وتاريخ ميلاده من واقع شهادة الميلاد أو ما يقوم مقامها. ٢- اسم كل من والدي الزوجين ولقبه وصناعته ومحل إقامته. ٣- إثبات صدور حضور الزوجين وحضور ولي القاصر إن كان بينهما قاصر. ٤- أسماء الشهود وألقابهم وأعمارهم وصناعتهم ومحال إقامتهم. ٥- حصول إعلان الخطبة. ٦- حصول المعارضة في الزواج، إذا كانت حصلت معارضة وما تم فيها. ٧- إثبات رضاء الزوجين وولي القاصر منهما. ٨- إثبات حصول صلاة الإكليل طبقا للطقوس الدينية. "وواضح من البيانات السابقة أنها تستهدف التحقق من استيفاء الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لانعقاد الزواج"، حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٦٠.

وطبقًا لهذا النص فإنه يفرق بين فرضين:

الأول: حيث تكون الوثيقة الأصلية لعقد الزواج مازالت موجودة: حينئذ لن يمكن إثبات الزواج بغير صورتها الرسمية. ذلك أن عقد الزواج يحرر من أصل ثابت في الدفتر المعد لذلك في الكنيسة، ثم تستخرج منه ثلاث صور تسلم واحدة لكل زوج، والثالثة ترسل إلى الجهة الدينية المختصة. وما تتحدث عنه المادة ٤٣ من مجموعة سنة ١٩٣٨، هو صورة من هذه الوثيقة الرسمية لأن الأصل يوجد في السجل المعد لذلك في الكنيسة.

وفي الحالة الماثلة، فلن يجوز الإثبات بأية وسيلة أخرى كالبينة والقرائن[١٦٣]، أو حتى بأية كتابة أخرى. وزيادة على ذلك، فلن يمكن إثبات هذا الزواج بالإقرار أو اليمين الحاسمة.

وهذا الأصل في الإثبات يلزم كل من الزوجين، كما يلزم كل من يستند إلى قيام الزواج في المطالبة بحق، كالأولاد مثلا. فطبقًا لقانون الأحوال المدنية يجوز لكل صاحب مصلحة أن يحصل على مستخرج من وثيقة الزواج.

الثاني: حيث تفقد وثيقة الزواج الأصلية أو تتلف: حينئذ، تقرر المادة ٤١/٤٣ السابقة، أنه: "يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة". وحيث

---

(١٦٣) والقرائن تعني هنا الحالة الظاهرة، وهي تتوافر بمعيشة الرجل والمرأة معًا، وظهورهما بمظهر الأزواج، ويتعامل الناس معهما على هذا الأساس. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص٢٢٣.

إن القرائن تأخذ حكم البينة، فيجوز إثباته أيضًا بالقرائن، أي بالحالة الظاهرة. وهي تماثل ما يطلق عليه فقهاء المسلمين الشهرة.

ورغم عدم وضوح النص- فيما يتعلق بسبب الفقد أو التلف، فيجب القول بضرورة أن يكون هذا قد تم بقوة قاهرة، دون خطأ من جانب المكلف بالإثبات. ويقدر البعض استطاعة الأولاد إثبات زواج والديهم بالشهرة، أي بالحالة الظاهرة، في نفس الظروف التي يباح فيها ذلك في بعض القوانين الأجنبية(١٦٤)، على أساس المانع من تقديم الدليل الكتابي، كسبب للإعفاء من الإثبات بالكتابة في حالاته الوجوبية(١٦٥).

ثانيًا: شريعة الكاثوليك:

٧٦- على عكس شريعة الأقباط الأرثوذكس، فإن شريعة الطوائف الكاثوليكية في مصر، تجيز إثبات الزواج بكل وسائل الإثبات، بما فيها البينة والقرائن، أي الحال الظاهرة المستفادة من الشهرة بالزواج: فلا يوجد بين نصوص الإرادة الرسولية قواعد خاصة بإثبات الزواج عند النزاع بشأنه، فضلا عن أن شكلية الزواج لدي الكاثوليك لا تعني رسميته.

ومع ذلك، فيلاحظ أن إجراءات الزواج تستلزم لديهم، إثبات الزواج في سجل خاص. ويتم ذلك بذكر بيانات معينة تحددها النصوص. وهذا يسمح

(١٦٤) مثل القانون الفرنسي والقانون الإيطالي.

(١٦٥) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص٢٢٣.

بالقول بأن المقصود من ذلك هو تيسير إثبات الزواج، واعتبار الصورة الرسمية لما يثبت في السجل أداة هذا الإثبات دون أن يفرض الإثبات بها، إلا إذا فقد هذا السجل أو أتلف، كما هو الحكم في شريعة الأقباط.

ثالثًا: شريعة البروتستانت:

٧٧- على منوال ما رأينا عند الكاثوليك، فإن إثبات الزواج لدى البروتستانت جائز بكل وسائل الإثبات. فنصوص قانون الإنجيلين الوطنيين لا تتضمن قواعد لإثبات الزواج، كما لا تشير إلى ضرورة إثبات الزواج في وثيقة يحررها رجل الدين الذي باشر إجراءات التكليل، رغم أنها تستلزم إثبات الخطبة في محضر بشهادة شاهدين على الأقل.

رابعًا: شرائع اليهود:

٧٨- رغم أن كتب اليهود، من ربانيين وقرائين، لا تتضمن تنظيما لإثبات الزواج، إلا أنهم يستلزمون أن يكتب الزواج في وثيقة، كإجراء شكلي لانعقاد الزواج. ولهذا، يمكن القول إن إثبات الزواج في شرائع اليهود يقتضي تقديم الوثيقة التي تحررت بعقد الزواج، إذا كان الإثبات مطلوبًا من أحد طرفي الزواج، أو أولادهما، على أساس أن اعتبار الكتابة شكلاً للزواج يجعل التمسك بوجوده غير مقبول من يعتبر طرفًا فيه، أو من خلفه العام، إلا إذا ثبت حصول هذه الكتابة.

ومع ذلك، فيبدو من بعض كتابات الفقه اليهودي أن الكتابة لا تلـــزم ضرورة لإثبات الزواج[١٦٦].

هذا، باختصار، هو موقف الشرائع الطائفية المختلفة لغير المـــسلمين في مصر عن كيفية إثبات الزواج من الناحية الشرعية؛ حيث يستلزم البعض منها الكتابة لهذا الإثبات، وهم الأقباط الأرثوذكس، بينما لا يـــستلزم الـــبعض الآخر ذلك. فما اثر تدخل المشرع المصري في هذا الشأن بالنسبة لتنظيمـــه توثيق زواج غير المسلمين؟

---

(١٦٦) انظر: شعار الخضر، ص٨٧؛ وانظر جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص٢٢٥.

المبحث الثاني

أثر تنظيم توثيق زواج غير المسلمين على قواعد إثباته

٧٩- عقب توحيد جهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية لكل المصريين، مسلمين وغير مسلمين، بصدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥[١٦٧]، تدخل المشرع المصري ثانية وأصدر القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥، معدلاً لأحكام القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧، الخاص بالتوثيق، حيث نظم توثيق زواج غير المسلمين من المصريين في حالتي الاتحاد في الملة والطائفة، والاختلاف فيهما. ثم صدر القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية[١٦٨].

وقد نصت المادة الخامسة من هذا القانون الأخير على الآتي:

"تختص أقلام الكتاب بمحاكم الأحوال الشخصية بقيد واقعتي الزواج والطلاق إذا كان طرفا العلاقة من المواطنين متحدي الديانة والملة. وتختص مكاتب التوثيق بالشهر العقاري بقيد واقعتي الزواج والطلاق إذا كان أحد طرفي العلاقة أجنبيًا أو كان الطرفان مصريين واختلفا في الديانة أو الملة".

---

(١٦٧) نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (الوقائع المصرية في ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٥٥- العدد ٧٣ مكرر ب)، على الآتي: "تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦، وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقا لأحكام قانون المرافعات وبدون رسوم جديدة، مع مراعاة القواعد الآتية".

(١٦٨) الجريدة الرسمية، العدد ٢٣ (تابع) في ٩ يونيو سنة ١٩٩٤.

من ناحية أخرى، فقد ذكرنا آنفًا، أن الشرائع الطائفية، تشترط، كقاعدة عامة، صياغة عقد الزواج في محررات مكتوبة، وتدوينه في السجلات الخاصة بالكنيسة، ويقوم بذلك رجل الدين عقب إتمامه إجراءات الزواج وطقوسه الدينية. ويتضمن المحرر كافة البيانات المتعلقة بالزوجين وبعقد الزواج، هذا بالإضافة إلى توقيع الأطراف بمن فيهم رجل الدين، ويعطي كل من الطرفين صورة من العقد.

فما هي القيمة القانونية لهذه المستندات التي تصدرها الجهات الدينية؟ أجابت على ذلك محكمة النقض المصرية(١٦٩) بقولها: "إن ما توجبه الشرائع المسيحية في مصر من تحرير الكاهن عقود الزواج بعد القيام بالمراسيم الدينية وقيدها في سجلات خاصة، هي إجراءات لاحقة على انعقاد العقد وليست من شروطه الموضوعية أو الشكلية اللازمة لانعقاده، بل هي من قبيل إعداد الدليل لإثبات الزواج فلا يترتب على إغفالها بطلانه".

فضلا عن ذلك، فقد كانت المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، تقرر أنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية،...".

(١٦٩) نقض أحوال شخصية ٢٢/١١/٢٠٠٠، الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٦٥ ق أحوال شخصية، المحاماة، العدد الأول ٢٠٠١، ص٢٤٥.

وعندما صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، نصت المادة ٢/١٧ منه على نفس الحكم السابق، بتقريرها أنه: "لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج- في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١- ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية. ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما، إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة".

ولقد ثار التساؤل حول مدى انطباق هذا الحكم على علاقات زواج غير المسلمين، انطباقه على علاقات زواج المسلمين.

من المفيد، إذن، أن نعالج هنا على التوالي مسألتين مهمتين، وذلك من خلال مطلبين، وهما:

المطلب الأول: علاقة القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤، بقواعد إثبات زواج غير المسلمين.

المطلب الثاني: مدى اشتراط الوثيقة الرسمية لقبول الدعاوى الناشئة عن زواج غير المسلمين.

المطلب الأول

علاقة القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤
بشأن الأحوال المدنية بقواعد توثيق زواج غير المسلمين

٨٠- تنص المادة الخامسة من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤، في شأن الأحوال المدنية على الآتي:

"تختص أقلام الكتاب بمحاكم الأحوال الشخصية بقيد واقعتي الزواج والطلاق إذا كان طرفًا العلاقة من المواطنين متحدي الديانة والملة.

وتختص مكاتب التوثيق بالشهر العقاري بقيد واقعتي الزواج والطلاق إذا كان أحد طرفي العلاقة أجنبيًا أو كان الطرفان مصريين واختلفا في الديانة أو الملة"(١٧٠).

يتضح من هذا النص أن توثيق زواج غير المسلمين من المصريين له حالتان: **الأولى**، إذا كان الزوجان متحدي الملة والطائفة، فيكون التوثيق من اختصاص أقلام الكتاب بمحاكم الأحوال الشخصية، حيث يتولى هذا التوثيق موثقون منتدبون(١٧١).

---

(١٧٠) كانت المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥، تنص على أن: "يتولى توثيق الزواج بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل".

كما كانت المادة الثالثة من نفس القانون تنص على أن: "تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية، كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس الملية وتحول إلى مكتب التوثيق جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها".

الثانية، إذا كان الزوجان مختلفي الديانة أو الملة أو الطائفة، حيث يتولى توثيق الزواج موثقو الشهر العقاري، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: حالة اتحاد الملة والطائفة:

٨١- كانت المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥، تنص على أن يتولى توثيق زواج غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة، موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل. وقد صدر بالفعل في ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٥٥، وبدأ العمل به من أول يناير سنة ١٩٥٦، قرار وزير العدل لبيان كيفية اختيار هؤلاء الموثقين، حيث أوضح أنهم يختارون من بين رجال الدين الذين يقومون بإبرام الزواج. وتتولى الرئاسة الدينية لكل طائفة من طوائف غير المسلمين، إعداد كشف بأسماء رجال الدين أو غيرهم الذين يرغبون في وظيفة موثق منتدب، مع بيان الجهة التي يرغب كل منهم في الترشيح فيها. وطبقًا للمادة الثانية فقرة (ج) من لائحة الموثقين المنتدبين: "تختص دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية بالنظر في...تعيين الموثقين المنتدبين وقبول استقالتهم".

وهكذا، فإن الاختصاص بتوثيق زواج غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة إنما يثبت للموثقين المنتدبين من وزارة العدل، والذين تم اختيارهم من

(١٧١) صدر قرار وزير العدل بلائحة الموثقين المنتدبين، ونشر القرار بالوقائع المصرية العدد ١٠١ في ١٩٥٥/١٢/٢٩ حيث نصت المادة ١٥ من هذه اللائحة على الآتي: "لا يجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالأشخاص المصريين المتحدي الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التي يقوم بالتوثيق بها".

بين الكهنة الذين يتولون إبرام الزواج. ويبدو من هذا أن رجل الدين يقوم بدور مزدوج: من ناحية استيفاء الشكل الديني، وذلك باعتباره من رجال الدين، ومن ناحية أخرى، توثيق الزواج باعتباره موثقًا منتدبًا يقوم بعمل مدني لا ديني، حيث يستلم من المحكمة، التي يباشر عمله في دائرة اختصاصها، الدفاتر المعدة لتدوين الزواج(١٧٢).

وهكذا، فإن وثيقة الزواج الرسمية- التي تلزم لقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج- هي تلك الوثيقة التي يتولى تحريرها الموثق المنتدب، وفقًا للائحة الموثقين المنتدبين، وإعمالاً للمادة الخامسة من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤، في شأن الأحوال المدنية، التي تنص على أن: "تختص أقلام الكتاب بمحاكم الأحوال الشخصية بقيد واقعتي الزواج والطلاق إذا كان طرفا العلاقة من المواطنين متحدي الديانة والملة"(١٧٣).

أما وثائق الزواج التي تتم طبقًا لقواعد الشرائع الطائفية، فليست هي الوثائق الرسمية الوارد الإشارة إليها في الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، والتي لا تقبل الدعاوى الناشئة عن الزواج بغيرها. وبالتالي، لا يعتد بها في إثبات زواج غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة، عند إنكار الزوجية من أحد الطرفين.

---

(١٧٢) تنص المادة (١٨) من لائحة الموثقين المنتدبين على أن: "يكون لدى كل موثق منتدب دفتران أحدهما لقيد الزواج والمصادقة عليه وما يتعلق بكل ذلك، والآخر لقيد الطلاق، ويتسلم هذين الدفترين من المحكمة التابع لها، وبعد انتهاء أي دفتر يسلمه إلى المحكمة فورًا".

(١٧٣) فضلا عن ضرورة اتحاد الطائفة.

وفي هذا المعنى، قضت محكمة النقض[١٧٤] بأن: "مؤدى نص المادة الثالثة من قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧، بعد تعديلاها بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥، أن المشرع انتزع عملية توثيق الزواج عند الطوائف المسيحية من رجال الدين الذين يقومون بطقوسه، وأعطاها لمكاتب التوثيق بالنسبة للمصريين غير المسلمين عند اختلاف الطائفة أو الملة، وحولها لموثق منتدب له إلمام بالأحكام الدينية للجهة التي يتولى التوثيق بها بالنسبة للمصريين غير المسلمين متحدي الطائفة والملة، دون أن يجعل من التوثيق شرطًا لازمًا لصحة العقد، إذ اقتصر على جعله من قبيل إعداد الدليل لإثبات الزواج، بمعنى أن عدم توثيق عقد الزواج أصلا، أو عدم مراعاة الإجراءات الصحيحة فيه أو التراخي في توثيقه، لا يؤثر في صحة الزواج اعتبارًا بأن التوثيق أمر لاحق على انعقاد العقد وليس من أركانه الشكلية أو الموضوعية".

وبعبارة أخرى، فإن توثيق زواج غير المسلمين المتحدين ملة وطائفة بواسطة الموثق المنتدب، طبقًا للقانون إن كان لا يمثل شكلاً لازمًا لانعقاد الزواج، إلا أنه ضروري شرط ضروري لإثباته، على نحو ما أوضحنا من قبل بالنسبة لزواج المصريين. فضلاً عن أن هذا التوثيق الرسمي للزواج، لا يغني عن اتباع الشكل الديني، حيث لا يمس الإجراءات الدينية الواجب استيفائها طبقًا للشرائع الطائفية.

---

(١٧٤) نقض أحوال ١٧/١١/١٩٧٦، م. م. ف، س٢٧، ص١٦١٢؛ نقض أحوال ١٥/١١/١٩٧٢، م. م. ف، س٢٣، ص١٢٤٢.

ثانيًا: حالة اختلاف الملة أو الطائفة:

٨٢- طبقًا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤، في شأن الأحوال المدنية، فإنه "تختص مكاتب التوثيق بالشهر العقاري بقيد واقعتي الزواج والطلاق إذا كان...الطرفان مصريين، واختلفا في الديانة أو الملة".

وهذا هو نفس الحكم الذي كانت تقرره المادة الثالثة من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥[١٧٥]. ويتولى توثيق الزواج في هذه الحالة موثقو الشهر العقاري، طبقًا لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧، المعدل بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٧٦[١٧٦].

ومما تجدر ملاحظته في هذا الشأن أن توثيق زواج غير المسلمين المختلفي الملة والطائفة في مكاتب التوثيق بالشهر العقاري، لا يؤثر مطلقًا على حق الزوجين في اللجوء إلى الجهات الدينية المختصة لإبرام الزواج في الشكل الديني، وإن كان يجب عليهما بعد ذلك التوجه إلى مكتب التوثيق من أجل توثيق زواجهما، حيث إن وثيقة الزواج الرسمية هي التي تسمح بقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج عند الإنكار.

وفوق ذلك فإنه متى وجدت هذه الوثيقة الرسمية، كان من المتيسر إثبات الزواج، لأن ما يقوم به موثقو مكتب التوثيق بالشهر العقاري إنما هي

---

(١٧٥) استئناف القاهرة ١٦م٤/١٩٥٨، صالح حنفي، ج٢، ص٣٩٣.

(١٧٦) الجريدة الرسمية العدد ٣ تابع بتاريخ ١٩٧٦،٨/٩/٩

محررات رسمية لها قوة الإثبات. أما ما يصدر عن رجال الدين، طبقًا للشرائع الطائفية، فلا تكفي لقبول الدعاوى الناشئة عن الزواج أمام القضاء ولا حجية لها في الإثبات عند الإنكار.

وهذا الأمر الأخير يثير تساؤلاً مهمًا حول مدى جواز إثبات زواج غير المسلمين بغير الوثيقة الرسمية الصادرة عن الموثقين المنتدبين- في حالة اتحاد الملة والطائفة- أو عن موثقي الشهر العقاري في حالة اختلاف الملة أو الطائفة. إن الإجابة على هذا التساؤل ترتبط ارتباطًا وثيقًا بتفسير المادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، كما يتضح لنا من خلال المطلب التالي.

المطلب الثاني

مدى اشتراط الوثيقة الرسمية لقبول الدعاوي الناشئة عن زواج غير المسلمين

٨٣- تنص المادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على الآتي:

"ولا تقبل عند الإنكار الدعوى الناشئة عن عقد الزواج- في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١- ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية. ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة".

ويلاحظ، بادئ ذي بدء، أن هذا النص قد جاء بنفس الحكم القانوني الذي كان مقررًا بمقتضى المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة، والذي أثار خلافًا فقهيًا- حول مدى انطباقه على علاقات الأحوال الشخصية لغير المسلمين انطباقه على المسلمين(١٧٧).

(١٧٧) غير أن نص المادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، قد أورد حكما جديدًا بالنسبة لدعوى التطليق أو الفسخ، حيث أجاز قبولهما دون غيرهما، إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة، استثناء من شرط ثبوت عقد الزواج بوثيقة رسمية. ورأينا أن هذا الحكم يسمح بقبول دعوى التطليق أو الفسخ بالنسبة للزواج العرفي غير الموثق. وفي ظل الوضع القانوني الحالي، فإنه ينطبق على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين.

لذلك، نرى أن من المفيد بيان حكم هذه المسألة في ظل المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل إلغائها، ثم بيان حكمها في ظل العمل بالمادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

أولاً: حكم اشتراط توثيق زواج غير المسلمين في ظل المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية:

٨٤- من أجل حسم النزاع حول مدى انطباق هذا النص على علاقات الأحوال الشخصية لغير المسلمين، كان من المهم تحديد الطبيعة القانونية لهذا النص. هل هو من قبيل القواعد الموضوعية؟ أم أنه من قبيل القواعد الإجرائية؟

ذلك أن المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، كانت تنص- قبل إلغائها- على أن تتبع الإجراءات التي نصت عليها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في التقاضي أمام محاكم الأحوال الشخصية أيا كانت ديانة المتقاضين[١٧٨]. وبناء على ذلك، إذا كان نص المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، سيعد من القواعد الإجرائية، لوجب حينئذ تطبيقه أمام المحاكم الشرعية على علاقات الأحوال الشخصية لغير المسلمين. وعلى

(١٧٨) المادة (٥) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، كانت تنص على الآتي: "تتبع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها".

العكس، إذا عد من القواعد الموضوعية، فلا يطبق، وإنما يرجع في هذه الحالة، إلى القواعد المستمدة من الشرائع الطائفية.

وبتحليل نص المادة ٤/٩٩ السابقة، يرى الفقه، بحق، وجوب التمييز بين حالتين من حالات إثبات زواج غير المسلمين من المصريين، وهما: حالة عدم إنكار الزوجية، أي الإقرار بها، وحالة إنكار الزوجية.

١- الحالة الأولى: الإقرار بالزوجية: (عدم الإنكار)

٨٥- إذا ادعى أحد الطرفين- الرجل أو المرأة- أنه زوج للآخر، ووافقه هذا الأخير في ادعائه، فإن زواج هذين الشخصين يثبت في هذه الحالة بالإقرار.

وبمراجعة المادة ٤/٩٩ السابقة، نجد أن المشرع المصري قد أجاز سماع دعوى الزوجية، وترتيب آثارها، ولو لم يكن عقد الزواج موثقاً، وذلك عند عدم إنكار الزوجية، أي عند الإقرار بها. فالإقرار بالزوجية يقوم مقام وثيقة الزواج الرسمية.

ولاشك أن هذا الحكم يعد من الأحكام الموضوعية، حيث يتصل بالأدلة التي يمكن بها إثبات الزواج(١٧٩). ولكن أعمال المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، يؤدي إلى عدم تطبيق هذا الحكم الموضوعي في علاقات غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة، فهو ليس من الإجراءات، بل من المسائل الموضوعية، التي يجب الرجوع بشأنها إلى أحكام الشريعة

(١٧٩) حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٤٦.

الطائفية الخاصة بالملة، من أجل معرفة الوسائل التي عن طريقها يمكن إثبات الزواج. ولقد أشرنا من قبل إلى أن شريعة الأقباط الأرثوذكس لا تجيز إثبات الزواج بالإقرار، حيث تنص المادة ١/٤٣ من مجموعتهم للأحوال الشخصية أنه: "لا يثبت الزواج وما يترتب عليه من الحقوق إلا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج، وفي حالة ثبوت ضياع أصل العقد أو إتلافه، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة".

الحالة الثانية: إنكار الزوجية

٨٦- في حالة ادعاء الزوجية من أحد الطرفين، وإنكارها من الطرف الآخر، نجد المادة ٤/٩٩ السابقة، تقرر صراحة أنه لا تسمح دعوى الزوجية في حالة الإنكار، إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية. فما هي الطبيعة القانونية لهذا الحكم؟

يرى جانب من الفقه المصري[١٨٠]، أن هذا الحكم من القواعد الموضوعية، التي من مؤداها منع الإثبات بغير الوثيقة. فقواعد تحديد وسائل الإثبات، بصفة عامة، من القواعد الموضوعية لا القواعد الإجرائية، وبناء على ذلك، ووفقًا للمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، لن يخضع زواج غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة لتلك القاعدة الواردة بالمادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، بل يجب الرجوع في تحديد

(١٨٠) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، بند ٥٩، ص٢٢٦-٢٢٧.

وسائل إثبات الزواج، في هذه الحالة، إلى القواعد الطائفية، التي تعتبر مصدر القواعد الموضوعية لتنظيم الزواج، وذلك حتى يظهر المشرع قصده إلى التحول عن هذه القواعد بنص واضح. وفي هذا الصدد يقول إن: "القاعدة التي تضمنتها المادة ٤/٩٩ من اللائحة الشرعية، والتي تقضي بمنع سماع الدعوى عند الإنكار، إلا إذا وجدت الوثيقة، قاعدة خاصة بزواج المسلمين أو زواج غير المسلمين الذين تنطبق عليهم نفس الأحكام التي تطبق على المسلمين، أي مختلفي الدين أو الملة أو الطائفة، أما زواج غير المسلمين متحدي الطائفة والملة، فلا يتناول قواعد إثباته نص المادة ٩٩ رغم عمومه، لأن حق تطبيقه في الحدود السابقة، وهو الأصل في وضعه"(١٨١).

وعلى العكس من هذا الرأي، فإن فريقًا آخر من الفقه(١٨٢) يرى أن هذا الحكم من الأحكام الإجرائية، فالدفع بعدم سماع الدعوى يعتبر من قبيل الدفع بعدم القبول. وهذا الدفع يعتبر من المسائل الإجرائية، لأنه لا يتجه إلى مناقشة الحق المدعي به. فالدافع بعدم القبول ينازع في قبول الدعوى لعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى. وينازع خاصة في الحق في رفع الدعوى باعتباره حقًا مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب

(١٨١) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، بند ٥٩، ص٢٢٦.

(١٨٢) حسام الأهواني، المرجع السابق، ص٤٤٧؛ أحمد سلامة، المرجع السابق، بند ٢٣٩، ص٥١٧.

تقريره[١٨٣]. ولقد استقر فقه قانون المرافعات على أن الدفع بعدم سماع الدعوى، في مسائل الأحوال الشخصية، يعتبر من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى، ومن ثم فهو من المسائل الإجرائية[١٨٤]. وهذا المعني هو ما أكدته أيضًا محكمة النقض المصرية، بتقريرها أن منع سماع الدعوى ليس إلا إعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان، ومنع سماع الدعوى ليس مبنيًا على بطلان الحق، وإنما هو نهى للقضاء عن سماعها، قصد به قطع الطريق على التزوير والحيل، وهو على هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق، ولا يتصل بموضوعه، وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها[١٨٥].

وبناء على هذا الرأي، فإن الحكم الوارد بالمادة ٤/٩٩، والخاص بعدم سماع الدعوى عند إنكار الزوجية، يسري على علاقات غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة، حيث سيجب لإثباته حينئذ أن تكون الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية.

حاصل القول إنه فيما يتعلق بتطبيق المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على علاقات غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة، فلن

---

(١٨٣) رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٦٨-١٩٦٩، ص٤١٩.

(١٨٤) محمد عبد الخالق عمر، فكرة عدم القبول في القانون القضائي الخاص، باريس، ١٩٦٧، بند ١٧، ص٨.

(١٨٥) نقض أحوال شخصية، ١٩٦٩/٢/١٢، م.م.ف، ص٣٠٦؛ ١٩٦٤/١١/٤، م.م.ف، ص١١٥٩.

يجوز إثبات زواجهم عن طريق الإقرار، وذلك في حالة عدم الإنكار، لأن هذه مسألة موضوعية يرجع فيها إلى شرائعهم الخاصة، وهي- لدى الأقباط الأرثوذكس- لا تجيز الإثبات بالإقرار. ويتفق الفقه المصري على هذا الحكم.

ومن ناحية أخرى، فإن النص السابق ينطبق، فيما يتعلق بعدم سماع الدعوى عند الإنكار إذا لم يكن الزواج ثابتًا في وثيقة رسمية، لأن هذه قاعدة إجرائية، تسرى على علاقات جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين، تطبيقًا للمادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والتي طبقت في ظل العمل بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

ومن هنا، فإن إثبات الزواج عند الأقباط الأرثوذكس، كان يجب أن يتم دائمًا عن طريق الوثيقة الرسمية التي يحررها الموثق المنتدب، سواء أكان ذلك في حالة إنكار الزواج- حيث لن تسمع الدعوى إلا إذا كان ثابتًا بهذه الوثيقة الرسمية وفقًا للمادة ٤/٩٩ السابقة، أم في حالة عدم إنكار الزواج، لأن هذا الأخير سيخضع حينئذ لشريعتهم الخاصة، باعتبار أن الأمر يتعلق بحكم موضوعي، ولا تجيز شريعة الأقباط الأرثوذكس إثبات الزواج بالإقرار، إلا في حالة فقد الوثيقة أو تلفها، وذلك وفقًا لما تقرره المادة ٤١/٤٣ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس.

ثانيًا: حكم المسألة في ظل العمل بالمادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

٨٧- لقد سبق وأوضحنا أن المادة ٢/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، قد أوردت نفس الأحكام الرئيسي الذي كان واردًا بالمادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل إلغائها، مع بعض التعديلات المهمة التي تؤكد الحكم وتقوية. ولذلك، فإن ما قيل بصدد تفسير هذا النص قبل إلغائه، ينطبق بنفس المعنى على المادة ٢/١٧ الواجبة التطبيق حاليا. أي أن القاعدة الواردة بها تمثل، دون شك، قاعدة إجرائية تسري على علاقات جميع المصريين، مسلمين وغير مسلمين. ونضيف هنا، أن النص الماثل يتأكد فيه هذا المعنى للأسباب الآتية:

من ناحية أولى، إنه بالفعل قد ورد ضمن نصوص قانوني إجرائي، ويتضح ذلك من عنوان القانون إنه قانون جاء بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. وقد حرص المشرع على أن يستخدم تعبير: "لا تقبل عند الإنكار ..." بدلاً من تعبير "لا تسمع عند الإنكار.." قطعًا للشك في هذا الصدد.

ومن ناحية ثانية، فإن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، ألغى- في المادة الرابعة من قانون إصداره- القوانين الأخرى ذات الصلة، وخاصة القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وكذلك لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وبذلك يكون هذا القانون الجديد قد حل محلها.

ومن ناحية ثالثة، فإن المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ قد جاءت شاملة في فقراتها الثلاث للمصريين المسلمين وغير المسلمين متحدي الطائفة والملة، الأمر الذي يكشف عن اتجاه إرادة المشرع إلى توحيد الحكم بالنسبة لجميع المصريين.

أخيرًا، فإنه بالنسبة لإثبات زواج غير المسلمين مختلفي الملة والطائفة، فإنه يخضع للشريعة الإسلامية، ولسائر الأحكام القانونية التي تنطبق على المسلمين. وبعبارة أخرى، فإنه يخضع في إثباته لنفس القواعد التي تنطبق على إثبات زواج المسلمين، مع ملاحظة أن الوثيقة الرسمية المقصودة هنا، هي تلك الوثيقة الرسمية التي يحررها الموثق في مكتب الشهر العقاري، التي تمثل شرط قبول الدعاوي الناشئة عن الزوجية عند الإنكار[١٨٦].

---

(١٨٦) في هذا المعنى: أحمد سلامة، المرجع السابق، بند ٢٣٩، ص٥٥٧.

الباب الثالث

إثبات انحلال الزواج

فصل تمهيدي

تعدد أسباب انحلال الزواج

٨٨- إن الأسباب التي ينحل بها عقد الزواج، فينقطع بها ما بين الزوجين من رابطة وثقي، وتترتب عليها الفرقة حالاً أو مالاً، هي: الوفاة والطلاق والفسخ.

أولا: الموت:

٨٩- لاشك أن إثبات انقضاء الرابطة بموت أحد الزوجين، يرتبط منطقيًا بمسألة إثبات الموت بوجه عام، سواء أكان موتًا حقيقيًا أم كان موتًا حكميًا.

ويقع الموت، بثبوت الوفاة الحقيقية لأحد الزوجين، ويتم استخراج شهادة رسمية بالوفاة، ومن لحظة ثبوت هذا الموت تنحل الرابطة الزوجية.

ووفقًا للمادة (٨٩) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، فإن المحكمة الجزئية هي المختصة "بتحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة، ما لم يثر بشأنها نزاع".

وبناء على ذلك، نصت المادة (٢٤) من ذات القانون على أنه: "على طالب إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصاية الواجبة أن يقدم طلبا بذلك إلى المحكمة المختصة مرفقًا به ورقة رسمية تثبت الوفاة وإلا كان الطلب غير مقبول...".

ثم نصت المادة (٢٥)، على أن: "يكون الإشهاد الذي يصدره القاضي وفقًا لحكم المادة السابقة حجة في خصوص الوفاة والوراثة والوصية ما لم يصدر حكم على خلافه".

كما نظم قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩- وتعديلاته المتلاحقة- الموت الحكمي، وذلك إذا فقد أحد الزوجين، سواء كان ذلك في ظروف يغلب عليها الهلاك أو في ظروف لا يغلب عليها الهلاك. وحينئذ، يتم إثبات الموت إما بحكم من القضاء- بعد مرور المدد التي حددها القانون- أو بقرار من رئيس الوزراء أو من وزير الدفاع، حسب الأحوال، فتنحل الرابطة الزوجية بهذا الموت الحكمي(١٨٧).

ثانيًا: (فرق النكاح): الطلاق والفسخ:

٩٠- شرع الله الزواج لخلقه، وتعبدهم به من عهد آدم عليه السلام إلى يوم القيامة، وحفه بهالة من النور الإلهي والتوجيه الكريم، وعلى أساس أنه اقتران دائم مدى الحياة بين الزوجين. غير أن هذا الاقتران قد يبني على اختيار خاطئ، أو تقدير غير سليم، أو يطرأ عليه ما يوهنه من تنافر الطباع، وتباين الأخلاق، وزوال الثقة، فتسود البغضاء والمكاره، وتتعسر الحياة المتحابة، ولا يجدي نصح ولا صلح، ولا يمكن إقامة حدود الله. والإسلام دين واقعي نظر إلى ما تعانيه الزوجية من هذه المشاكل، فوضع لها العلاج بنظام الطلاق،

---

(١٨٧) راجع في الموت الحكمي بالتفصيل، كتابنا: المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار النهضة العربية ٢٠١٠، بند ٩٨، ص٢٠٩.

وجعله على مرات، ليفسح لها مجالاً للتروي، ودعوة الوئام بالطلاق الرجعي، أو ينهي الشقاق المتحكم بالطلاق البائن. ومن هنا كان اهتمام الفقهاء بدراسة أسباب الفرقة في الزواج. ومن المفيد أن نعرض هنا لنبذة مختصرة عن فرق النكاح ثم نتبع ذلك بدراسة كيفية إثباته.

٩١- الفرق لغة، هي الفصل والمباعدة، وهي مأخوذة من الافتراق الذي هو ضد الاجتماع. وفرق النكاح، انحلال عقده، وانقطاع العلاقة الناشئة عنه بين الزوجين بسبب ذلك. وأشهر أسباب الفرقة، الطلاق، ولكن قد يفرق بين الزوجين بفسخ عقد الزواج إذا تبين فساده من مبدئه، أو عرض له ما يمنع استمراره.

والفرقة جنس يضم أنواعًا:

فإن كانت الفرقة بإرادة الزوج- ولو بنائبه- أو بإرادة الزوجة، أو بقضاء القاضي- عند الجمهور- ووردت على نكاح صحيح، سميت طلاقًا أو تطليقًا.

وإن كانت الفرقة لعارض يمنع بقاء النكاح، أو تداركا لأمر اقتران بالإنشاء، جعل العقد غير لازم، سميت فسخًا. وهذا القدر متفق عليه في الجملة بين جمهور فقهاء المسلمين. إلا أن فقهاء المذاهب لم يتفقوا على ما يشمله كل نوع من نوعي الفرقة من أفراد، فبعض ما اعتبره بعضهم طلاقًا، اعتبره آخرون فسخًا.

ولقد تبنى القانون التصنيف الذي أخذ به المذهب الحنفي للفرقة إلى طلاق وفسخ. فقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه: "ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته، يبقى الحكم فيه على مذهب الإمام أبى حنيفة".

ثم تأكدت الإحالة بمقتضى ما قررته المادة ٩٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، ثم بالمادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وذلك بنصها على أن: "يعمل فيما لم يرد بشأنه نص بالراجح في مذهب أبى حنيفة".

ومن الممكن إيجاز موقف المذهب الحنفي في تصنيف فرق الزواج إلى طلاق وفسخ في النقاط الآتية: من ناحية أولى، اتفق فقهاء الحنفية على أن كل فرقة تقع من الزوج أو من يقوم مقامه- ولو كانت الزوجة نفسها- ولا مثيل لها من جانب الزوجة، تكون طلاقًا. ويشمل ذلك: تطليق الزوج زوجته بإرادته المنفردة، (وحده)، أو بالاتفاق معها- كما في الخلع- أو بتطليق القاضي على الزوج بسبب؛ كالشقاق والحبس والهجر والعيب واللعان- بخلاف أبى يوسف- والإعسار والإيلاء ونحوها.

ومن ناحية ثانية، اتفقوا على أن كل فرقة تقع من الزوجة- لا باعتبارها نائبة عن الزوج- ولا مثيل لها من جانب الزوج، تكون فسخًا. كالفرقة بسبب نقصان المهر عن المثل، والفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته.

وتعتبر الفرقة التي تقع من جانب أحد الزوجين ولا مثيل لها من جانب الزوج الآخر فسخًا في أغلب الأحوال. ومن ذلك الفرقة بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع محارم الأخر ما يوجب حرمة المصاهرة. كأن تزني الزوجة مع أبى الزوج أو ابنه، أو يزني الزوج مع أم الزوجة أو ابنتها. ومثالها أيضًا، الفسخ بخيار البلوغ، والفسخ لامتناع الزوجة غير الكتابية عن الإسلام بعد إسلام زوجها، وكذلك ردتها.

كما اختلفوا في تكييف الفرقة بسبب رفض الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته. فأبو حنيفة ومحمد يقولان هذه فرقة طلاق، أما أبو يوسف، فيرى أنها فرقة فسخ.

٩٢- التمييز بين الطلاق والفسخ:

الفسخ، لغة هو النقض والرفع، واصطلاحًا، نقض عقد الزواج وإزالة ما يترتب عليه من أحكام.

والفسخ نوعان:

النوع الأول: فسخ ينقض أصل العقد بسبب خلل قارن العقد وقت إنشائه، فيجعله غير لازم بالنسبة للزوجين، أو لأحدهما، أو للولي العاصب مثل:

الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون أو العته. والفسخ لعدم الكفاءة أو نقصان المهر عن المثل عند الحنفية، كما رأينا.

وأهم آثار هذا النوع الأول من الفسخ، وسواء كان بسبب الزوج أم بسبب الزوجة أنه: لا يوجب شيئًا من المهر، ولا يلحق بالمرأة المفسوخ عقدها طلاق أثناء عدتها.

النوع الثاني: فسخ لا يعتبر نقضًا للعقد من أصله، إذا كان بسبب خلل طرأ على العقد بعد إتمامه، فمنع بقاءه واستمراره. مثل:

أ- ردة أحد الزوجين عن الإسلام، على قول الجمهور، أما المالكية، فردة أحد الزوجين عندهم تعتبر طلاقًا.

ب-إباء الزوجة الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجها إن لم تكن كتابية، وتكون الحرمة بينهما حرمة مؤقتة ببقاء السبب، وتزول الحرمة بزواله.

جـ- ارتكاب أحد الزوجين مع أصول أو فروع الأخر ما يوجب حرمة المصاهرة، وتكون الحرمة بينهما دائمة[١٨٨].

ومما سبق، يبدو أنه توجد فروق جوهرية بين الطلاق والفسخ:

فمن ناحية أولى، فإن فسخ الزواج يرفع عقده، فيقطع ما بين الرجل والمرأة من الصلة الزوجية في الحال دون استناد إلى الماضي. وهو- على

(١٨٨) راجع في ذلك: أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ٢٠٠٠-٢٠٠٩، ص٢٠٨-٢١٩.

منوال الطلاق- لا يأتي إلا في زواج صحيح، أما غير الصحيح فهو غير منعقد، وإن ترتبت على بعض صوره بعض آثار الزواج، كالمهر والعدة.

من ناحية أخرى، فإن الفسخ قد يكون عند لزوم العقد من الأصل- كما في حالة خيار الولي إذا تزوجت المرأة بغير كفء- وقد يكون بسبب طارئ على العقد، جعله الشارع مانعًا من استمرار الزواج، كما رأينا بالنسبة لارتداد الزوج المسلم، أو أن يأبى الزوج أن يسلم بعد إسلام زوجته، أو تأبى الزوجة غير الكتابية أن تسلم، أو تعتنق دينًا سماويًا بعد إسلام زوجها.

ومن ناحية ثالثة، فإن فرقة الفسخ لا تنقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، ولو كان الفسخ بسبب من جانبه، بخلاف فرقة الطلاق، رجعيًا كان أم بائنًا، التي تنقص هذه الطلقات.

أخيرًا، فإنه بالنظر إلى أن أسباب الفسخ تحتاج إلى تمحيص قضائي، فإن فسخ الزواج، يتوقف على القضاء به، ولا يثبت له حكم قبل القضاء به. ولكن تارة تستمر الحياة الزوجية على حالها السابق إلى أن يقضي بالفسخ، وتارة يحال بين الزوجين، وتحرم المعاشرة الزوجية للأسباب التي توجب حرمة المرأة على الرجل مثل ردة الزوج. فإنه إذا عاد إلى الإسلام قبل الحكم بالفسخ، بقيت الزوجية واستمرت، وإن أبى العودة، حكم بالفسخ واعتدت المرأة.

والثابت أن فسخ الزواج قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، يسقط جميع المهر، لأن الزواج قد رفع ولا دخول، فكأنما العقد لم يوجد.

ولذلك، فإننا نرى أن المشرع المصري قد أحسن عندما استثنى قبول دعوى الفسخ من الوثيقة الرسمية واكتفى لقبولها بأية كتابة، وذلك بمقتضى التعديل التشريعي الذي ورد بعجز الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

ثالثًا: الطلاق أو التطليق[١٨٩]:

٩٣- إن انحلال الزواج بالطلاق أو التطليق، لا يكون إلا في زواج صحيح، لأنه إن كان غير صحيح، فلا تثبت به رابطة الزوجية، ولا طلاق فيه، وإنما يفرق القاضي بين الطرفين إن لم يتفارقا من أنفسهما، لأن إقامتهما عليه جريمة وحرام شرعًا، فيجب الحيلولة دون استمرارها. ومنطقيًا، فإن قبول دعوى التفريق هذه لا يتوقف على وجود الوثيقة الرسمية، كما أن الإثبات يكون بكافة طرق الإثبات.

من جانب آخر، فإن الأصل أن سلطة الطلاق تكون بيد الزوج؛ ولكن من الممكن أن يقوم مقامه غيره في إيقاع الطلاق: إما باختيار الزوج وإرادته كالوكيل، وإما جبرًا عنه، عندما يكون منه ظلم أو مضارة، حيث يعطي الشرع القاضي سلطة التطليق على الزوج بطلب الزوجة، بمقتضى ولايته العامة، كما في الفرقة لعدم الإنفاق أو للغيبة الطويلة.

---

(١٨٩) يستخدم اصطلاح "طلاق" عندما يقع بالإرادة المنفردة للزوج، أما إذا لجأت الزوجة-المسلمة أو غير المسلمة إلى القضاء طالبة الطلاق، فإن الدعوى في هذه الحالة تسمى دعوى التطليق، وما يقع يكون تطليقًا.

ولكن، ليس لغير الزوج من ولي أو وصي، أن يوقع الطلاق، ولو كان وليًا على النفس، فلا يقع طلاق على موليه، ولا يمكن أن يقوم مقامه، بل ذلك للقاضي وحده.

ومما يشرف المرأة أن الله سواها على عاطفة فياضة، ووجدان رقيق، حتى تتبتل برعاية بيتها وأولادها، وتقوى على أداء رسالتها الأساسية؛ ولكن هذا جعلها في الغالب سهلة الانفعال، فكان من الحكمة ألا تملك أمر الطلاق، بل ملكه الرجل تمشيًا مع متطلبات الزواج والاستقرار، لاسيما والشارع يلزمه وحده بتبعات مالية، منها المهر ونفقة العدة ونفقة الأولاد، كما أن عليه التضحية بكثير مما قدمه لإتمام الزواج، وبناء البيت، وذلك يحمله على التريث والموازنة بين هذه التبعات، وخطر استمرار الزواج[١٩٠].

والطلاق من قبل الزوج يكون باللفظ المخصوص، صراحة أو كتابة، وليس بلازم أن يكون منطوقًا به في جميع الأحوال، بل قد يكون بالكتابة أو الإشارة، أو تفريق القضاء. وهذا الطلاق إما أن يكون رجعيًا، وإما أن يكون بائنًا.

وإذا كان الزواج صحيحًا، سواء أكان بوثيقة زواج رسمية، أم كان عرفيًا، فإنه يصح الطلاق منه، ويقع باعتبار أن الطلاق فرع عن النكاح. ويجب على الزوج فيه أن يلتزم بأحكام الطلاق من حيث إيقاعه بأن يكون

---

(١٩٠) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤، في شأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت.

سنيًا لا بدعيًا، ومن حيث العدد بأن يكون طلقة واحدة، ومن حيث الوقت، بأن يكون في طهر، لم يجامع زوجته فيه، وأن يكون هذا الطلاق وفقًا لشروط وأحكام الطلاق الشرعية، شأنه شأن الطلاق من أي نكاح صحيح شرعًا.

والمقرر أن إثبات الطلاق سيختلف حسبما إذا كان طلاقًا من زواج ثابت بوثيقة رسمية، أم كان طلاقًا من زواج عرفي.

وفضلاً عن ذلك، فقد نظمت المادة (٢٠) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، التطليق للخلع فيكون من المناسب أن نعرض لإثبات الطلاق في هذه الحالة.

ومن هنا نقسم هذا الباب إلى الفصول الآتية:

الفصل الأول: إثبات الطلاق من زواج عرفي.

الفصل الثاني: إثبات الطلاق من زواج موثق.

الفصل الثالث: إثبات الطلاق في حالة الخلع.

الفصل الأول

إثبات الطلاق من زواج عرفي

٩٤- متى نستطيع القول بأن هناك طلاقا من زواج عرفي، وجب أن يكون هذا الزواج شرعيًا مستوفيًا كافة الأركان والشروط، ولا ينقصه سوى الشرط الإجرائي المتمثل في وثيقة الزواج الرسمية. ولقد حدث تطور مهم بالنسبة لإثبات الطلاق من زواج عرفي وذلك بمقتضى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بالمقارنة بما كان قائمًا في ظل العمل بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١، ونعرض هنا لهاتين المرحلتين:

١- المرحلة الأولى: في ظل العمل بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية:

٩٥- وفقًا للمادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، كانت الزوجة في الزواج العرفي، إذا أرادت أن ترفع دعوى تطليق للضرر أو للغيبة أو للعيب أو للحبس أو نحو ذلك، كانت لا تسمع دعواها، في أي من صوره هذه. لأن هدف نص المادة ٤/٩٩، هو حرمان من لا يقوم بتوثيق عقد الزواج من المعونة القضائية، فيما يترتب على العقد من آثار، مع عدم المساس بصحة العقد ذاته. وكان يقصد بعدم سماع الدعوى في هذه الحالة، هو عدم جواز إثبات الزوجية القائمة، بعد التاريخ المحدد، إلا إذا كانت واردة في وثيقة زواج رسمية. وأن هذا المنع ينصرف إلى الزوجين وورثة أي منهما، والغير. كما يقتصر هذا المنع على حالة إنكار

من يحتج عليه بهذا العقد من الزوجين، وينصرف إلى عدم جواز إثبات أي حق من الحقوق التي تكون الزوجية سببًا مباشرًا له. أما الحقوق التي لا تكون الزوجية سببًا مباشرًا لها، فيجوز سماع الدعوى بها رغم كون الزواج عرفيًا.

أما دعوى إثبات الطلاق، بأن تقيم المتزوجة عرفيًا دعوى تدعي فيها أن زوجها العرفي قد طلقها، وتطلب إثبات هذا الطلاق رغم إنكار الزوج لواقعتي الزواج والطلاق، وكذلك دعوى التطليق للضرر، كالضرب أو الهجر أو الغيبة أو الزواج بأخرى دون عملها، فقد اختلف الرأي حول جواز أو عدم جواز سماع الدعوى بها.

فقد وجد اتجاه يرى عدم جواز سماع دعوى التطليق، لعدم إثبات الزواج في وثيقة رسمية، باعتبار أن الطلاق ما هو إلا نتيجة مباشرة للزواج، وأن إثباته أمام القضاء دون وثيقة رسمية، إنما يعني التوصل إلى إثبات الزوجية العرفية ذاتها، وهذا يتعارض مع حكم المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١، وقد تبنت هذا الرأي أحكام القضاء المصري[١٩١].

وبالمقابل، وجد اتجاه آخر ذهب إلى جواز سماع دعوى التطليق للضرر أو الغياب أو نحو ذلك رغم إثبات الزواج بورقة عرفية فقط، وذلك

(١٩١) راجع في هذا الصدد: أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية، طبعة نادي القضاة، ١٩٩١.

طالما أن الزوج المدعي عليه لم يتقدم للمثول أمام المحكمة ويدفع بإنكار الزوجية، إعمالاً لقاعدة: "لا ينسب لساكت قول".

وعملاً بالقاعدة القانونية: "إن السكوت عن إنكار الورقة أو الوثيقة العرفية يعد إقرارا بصحتها"، إلا إذا حضر المدعي عليه بالفعل وسكت، اعتبر سكوته إنكارا.

وذهبت بعض أحكام محكمة النقض إلى أنه : لا يلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته أن يكون موثقًا[١٩٢]. وكان هذا الاتجاه الأخير يجد سندًا له في الحجج الآتية:

١- إن منع سماع الدعوى المنصوص عليه في الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، لم يذكر دعوى الطلاق أو التطليق ضمن الدعاوي التي منع من سماعها، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية، مما يدل على أن واضعي القانون أرادوا إخراج دعوى إثبات الطلاق أو التطليق من هذا المنع.

٢- إنه لمما يؤكد هذا المعنى، أن الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، قد نصت على الطلاق صراحة مقترنًا بالزواج والإقرار بهما، حين قصد أن يشمله المنع من سماع الدعوى، ثم خص دعوى الزوجية والإقرار بها منفردة بالحظر من سماع الدعوى، ثم عاد النص فذكر

(١٩٢) نقض أحوال، ١٩٨٢/١١/٢٣، طعن رقم ٢٥ لسنة ٥١ق.

الطلاق عندما قصد المنع من سماع دعوى الطلاق في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩.

٣- إن الحكم بعدم سماع دعوى الطلاق أو التطليق متى كان الزواج غير موثق من شأنه أن يسبب للناس حرجًا شديدًا، ويفتح الباب لكثير من المفاسد، حيث يمكن للمرأة المتزوجة بعقد عرفي أن تلجأ للزواج من آخر بعقد موثق مع إنكار الزوج العرفي للزواج منها، طالما أن باب الطلاق من هذا الزواج العرفي قد بات مغلقًا أمامها، ولا شك أن ذلك يجلب الكثير من المفاسد الشرعية وخاصة اختلاط الأنساب.

٤- إن عدم سماع دعوى الطلاق أو التطليق يجعل المرأة المتزوجة معلقة؛ لا هي زوجة- لأن الزوج ينكر هذا الزواج العرفي- ولا هي مطلقة، فتستطيع أن تتزوج آخر. ولا ريب أن ذلك ينافي مقاصد الشريعة الإسلامية، ومبادئها العامة، وخاصة قاعدة: لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، والضرر يدفع قدر الإمكان.

اعتدادًا بهذه الأسباب الشرعية والمنطقية، جاء التعديل التشريعي في عجز الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث نص على قبول دعوى التطليق أو الفسخ، بحسب الأحوال، دون غيرهما، إذا كان الزواج ثابتًا بِأية كتابة على ما نوضح في الفقرة التالية.

٢- المرحلة الثانية: في ظل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

٩٦- ينص عجز الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، على الآتي:

"ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة".

يتضح من هذا النص المستحدث أن المشرع المصري، قد أجاز قبول دعوى التطليق أو الفسخ "دون غيرهما"، دون اشتراط وجود وثيقة زواج رسمية، أي من زواج عرفي غير ثابت في وثيقة رسمية.

ومما يجدر التذكير به هنا أن الطلاق- كما ذكرنا من قبل- لا يكون إلا من زوجية صحيحة قائمة حقيقية أو حكما، حيث لا يمكن الإدعاء بوقوع الطلاق من زواج باطل، عرفيًا كان أو موثقًا، لانعدام الزواج أصلاً، أو فاسد لعدم صحة الزواج، وعدم اعتبار الزوجة فيه محلاً لإيقاع الطلاق.

فإذا كان الزواج العرفي قد انعقد شرعيًا، مستوفيًا الأركان وشروط الصحة والنفاذ واللزوم، ولكن غير ثابت بوثيقة رسمية، وينكره الزوج ولا يقره، حينئذ يكون للزوجة أن ترفع دعوى التطليق، وعليها عندئذ كمدعية، أن تثبت هذا الزواج، وإذا كان النص قد قيد هذا الإثبات بأن يكون بالكتابة، إلا أنه توسع في مفهوم الكتابة هنا، حيث ذكر صراحة أن يكون ذلك "بأية كتابة". وبالتالي، يمكن أن يقبل هنا كدليل على الزوجية، تلك الورقة العرفية التي كتبها الزوجان ووقعا عليها، سواء وقع معهما شهود أم لا. كما تعتبر كتابة

هنا تصلح لإثبات الزواج العرفي بخصوص دعوى التطليق، محضر الشرطة، الذي يرد فيه ما يفيد وجود علاقة زوجية بين المرأة المدعية، والزوج المدعي عليه، ونفس الأمر بالنسبة لمحضر توقيع حجز أو إعلان قضائي بالزوجية، أو خطابات موقعة من الزوج قاطعة في عباراتها بقيام العلاقة الزوجية. ونرى أن الكتابة الالكترونية، تشملها عبارة "أية كتابة" الواردة بالنص. فتصلح في هذا المجال الرسائل التي يتم تبادلها عبر أجهزة الهاتف المحمول إذا تضمنت ما يشير إلى إقرار الزوج بقيام العلاقة الزوجية. مع الوضع في الاعتبار أن كل هذه الأدلة الكتابية ستخضع في نهاية الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، وإن كان المشرع قد يسر الأمر كثيرًا بالنص على إمكانية استناد المدعية إلى "أية كتابة".

أما إذا كان الزواج العرفي غير مستوفٍ لأركان وشروط وجوده وصحته ولزومه من الناحية الشرعية، فيمكن للمرأة أن ترفع دعوى البطلان ويتم أيضًا إثبات قيام هذه العلاقة بينها وبين المدعي عليه بأية كتابة. وبكل طرق الإثبات كأن تكون فتاة لم تتجاوز سن الزواج، وأبرمت ما يسمى بالزواج العرفي دون موافقة الولي الشرعي، وهو الأب، رغم وجوده. أو تم الزواج بغير شهود أو بغير مهر، أو غير ذلك مما يرفع عن العلاقة صفتها الشرعية، فتكون الدعوى دعوى بطلان وليس تطليقًا أو فسخًا، لأن هذا أو ذاك لا يكون إلا من زوجية صحيحة، سواء ثبتت بوثيقة رسمية أم لا.

أما دعوى فسخ الزواج، فلا تكون إلا في زواج صحيح، لأن الزواج غير الصحيح فهو غير منعقد وإن ترتبت على بعض صوره، بعض آثار الزواج الصحيح كالمهر والعدة. وكما أشرنا من قبل، فإن الفسخ يكون عند عدم لزوم العقد من الأصل، كما في حالة خيار الولي إذا تزوجت المرأة بغير كفء، وقد يكون بسبب طارئ على العقد جعله الشارع مانعًا من استمرار الزواج، مثل أن يرتد الزوج المسلم، أو يأبى الزوج أن يسلم بعد إسلام زوجته، أو تأبى الزوجة غير الكتابية أن تسلم، أو تعتنق دينا غير سماوي بعد إسلام زوجها.

المهم هنا أنه إذا توافرت أحد أسباب الفسخ، كان للزوجة أن ترفع دعوى الفسخ، ولها حينئذ أن تثبت قيام العلاقة الزوجية العرفية، بأية كتابة.

أما إثبات أسباب التطليق، كالضرر والغيبة والهجر، فيتم أمام القضاء متى قبلت المحكمة دعوى التطليق- بكافة طرق الإثبات.

الفصل الثاني

إثبات الطلاق من زواج موثق

٩٧- النص القانوني:

تنص المادة (٢١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على الآتي:

"لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما. فإن أصر الزوجان معًا على إيقاع الطلاق فورًا، أو قررا معًا أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج.

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضرًا إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية".

يبدو أن المشرع المصري قد أورد هذا النص المهم كي يواجه به بعض الممارسات الخاطئة والضارة باستقرار الحياة الأسرية. ذلك أن الغالب أن يقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، بيد أن تعسف الزوج في استعمال هذا

الحق قد يؤدي إلى اضطراب حياة الأسرة، خاصة إذا لاحظنا أن الزوج كثيرًا ما يستعمل الطلاق في غير ما شرع له، كالحلف به لتأكيد ما يخبر به، كما أنه كثيرًا ما يتسرع في إيقاعه دون روية، ثم يعقبه الندم، فتلتمس الفتاوى، وقد يشوبها تزييف الوقائع على المفتين، أو ترتكب الحيل القبيحة على حساب الدين، وكرامة الأسرة.

ولقد رأى المشرع المصري أن خير سبيل لاجتناب بعض مساوئ الطلاق وعواقبه الوخيمة أن يضع بعض الأحكام التي تضيق دائرة وقوعه إلى أقصى حد، وتعوق التسرع بالقدر الممكن، وأن يتم ذلك في ضوء نصوص الكتاب الكريم والسنة الشريفة، وقواعد الشريعة المحكمة، وآراء المجتهدين في مختلف المذاهب الفقهية، بما يحقق مصلحة المجتمع المسلم ويرفع الضرر العام[١٩٣].

ومن هنا، جاء نص المادة (٢١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، مستهدفًا بصفة خاصة توفير الحماية القانونية للزوجة من ادعاء الزوج أنه طلقها، دون علمها، بإرادته المنفردة، فقرر أن إثبات وقوع الطلاق، عند الإنكار، لا يعتد به" إلا بالإشهاد والتوثيق".

(١٩٣) "وأوضح أنه عند اختلاف الاجتهادات في صحة الطلاق يكون الطريق الأحوط هو الأخذ بعدم وقوع الطلاق المشكوك في دليل صحته، لأن في إيقاعه تحريم الزوجة على زوجها، وتحليها للأجنبي، والورع في الإبقاء على الحلال الثابت باليقين، لا في إتباع الظنون والمحتملات". المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤، في شأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت.

أولاً: حالات إثبات الطلاق:

٩٨- وهكذا، فإن إثبات وقوع الطلاق سيختلف وفقًا لما إذا كان هناك إقـــرار بوقوعه، أو بالعكس، كان يوجد إنكار. وسنعالج هنا هذين الفرضين؛ فــرض الإقرار بوقوع الطلاق، ثم فرض إنكار وقوع الطلاق.

الفرض الأول: الإقرار بوقوع الطلاق:

٩٩- إذا دعى الزوج أنه قد طلق زوجته بإرادته المنفردة وأقرت الزوجة أنه قد طلقها فعلاً، أو إذا ادعت الزوجة أن زوجها قد طلقها، ووافق الزوج ادعاء الزوجة وأقر فعلاً بطلاقها، فإن الطلاق يثبت بهذا الإقرار.

وفي هذا المعنى نص عجز الفقرة الأولى من المادة (٢١) الــسابقة، على أنه إذا كان الزوجان "... قررا معا أن الطلاق قد وقع، أو قرر الــزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليــه". أي أنــه حينئــذ، سيثبت الموثق ما قرره الزوجان، أو ما قرره الزوج من أنه قد أوقع الطلاق.

وقد أضاف النص السابق في فقرته الثانية أنه :" وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج".

وتشير هذه الفقرة إلى ما يطلق عليه عادة بأن العصمة بيد الزوجة.

إن ما سبق يعني ببساطة أن الطلاق إذا كان يقع، غالبًــا، بــالإرادة المنفردة للزوج، ويرتب كافة آثاره من قطع الرابطة الزوجية بين الــزوجين،

منذ أن يصبح بائنًا، إلا أن إثبات وقوع هذا الطلاق لن يتم، قانونًا، إلا بالإشهاد والتوثيق. مع ملاحظة أن هذه الوثيقة الرسمية، في حالة إقرار الزوجين، أو إقرار الزوج بوقع الطلاق، ستكون دليلاً أكيدًا على وقوع الطلاق، إلا أن الطلاق ذاته سيكون قد تحقق شرعًا منذ إيقاعه من قبل الزوج، أو إيقاع الزوجة للطلاق متى كانت العصمة بيدها.

وبعبارة أخرى، فإن الطلاق يثبت أمام الموثق بالإقرار من الزوجين أو من الزوج وحينئذ سيجب على الموثق توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

الفرض الثاني: إنكار وقوع الطلاق من أحد الزوجين:

١٠٠- في هذا الفرض قد تدعى الزوجة أن زوجها قد طلقها؛ ولكن الزوج ينكر واقعة الطلاق. أو بالعكس، قد يدعى الزوج أنه قد طلق زوجته في تاريخ معين، وتنكر الزوجة علمها بهذا الطلاق في التاريخ المذكور. لذلك، قرر القانون أنه: "لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق...."

يستفاد من هذا أن الإثبات لن يتم في مثل هذه الحالات، "إلا بالإشهاد والتوثيق" ويكون وقوع الطلاق من تاريخ توثيق الطلاق والإشهاد.

ثم أضافت المادة (٢١) في فقرتها الثالثة حكمًا مهمًا، حيث نصت على الآتي:

"ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من

الزوجين إلا إذا كان حاضرًا إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية".

يتضح من هذا النص أن القانون قد قرر صراحة أنه: "لا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا في إحدى حالتين:

١- إذا كان الزوج (خاصة الزوجة)، حاضرًا إجراءات التوثيق بنفسه أو بوكيل عنه. ويحدث ذلك عملاً عندما يحضر الزوجان معًا أمام المأذون بنفسيهما أو بمن ينوب عنهما أو عن أحدهما، نيابة خاصة بالطلاق، كأن تحرر الزوجة توكيلاً رسميًا لشخص يحضر إجراءات توثيق الطلاق والإشهاد عليه، أو يحضر عنها أبوها، باعتباره الولي الشرعي عليها، وينوب عنها قانونًا. ثم يقوم المأذون (أو الموثق) بإثبات حضور الزوجين- أو من ينوب عنهما- وإقرارهما بالإصرار على الطلاق. أو أن يطلق الزوج زوجته في حضورها شخصيًا أمام المأذون- أو بحضور من ينوب عنها- أمام المأذون، ويثبت ذلك في مستنداته الرسمية، وبحضور الشهود وتوقيعهم على وقوع الطلاق.

٢- إذا قام الزوج بطلاق زوجته في غير حضورها، ولا حضور من ينوب عنها، حينئذ يجب على المأذون أو الموثق أن يثبت ذلك بحضور الشهود، ثم يتم إعلان الزوجة بطلاقها بموجب ورقة رسمية يسلمها لها محضر من المحكمة المختصة. وبهذه الورقة الرسمية تستطيع الزوجة إثبات طلاقها، كما

أنها تمثل دليلاً لمصلحة الزوج على طلاقه لزوجته. مع ملاحظة أن الموثق إنما يثبت ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منهما على النماذج المعدة لذلك، والمعتمدة من وزارة العدل. وهذه المحررات الرسمية هي التي يعتمد عليها في إثبات واقعة الطلاق، في كافة الفروض السابقة.

ثانيًا: إثبات التطليق للخلع:

١٠١- تنص المادة (٢٠) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، على الآتي:

"للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون. وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض. ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم. ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن.

"ويكون الحكم- في جميع الأحوال- غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن".

يتضح من هذا النص وجود فرضين للتطليق عن طريق الخلع:

من ناحية أولى: قد يتراض الطرفان، الزوج والزوجة، على الخلع، وحينئذ يلزم أن يكون بالمصادقة عليه لدى المأذون، لأن الخلع يقع به طلاق بائن، ولهذا، يراعي ما تقضي به المادة (٢١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، من حيث طلب الإشهاد على الخلع وتوثيقه.

من ناحية أخرى، إذا لم يتراض الزوجان على الخلع، وأقامت الزوجة دعوى بطلب التطليق للخلع، فإن المحكمة تقضى بالتطليق للخلع، متى توافرت الشروط والضوابط التي نصت عليها المادة (٢٠) السابقة. وحينئذ، وكما صرح النص "يقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن".

ومن المهم في هذه الحالة أن نميز، من حيث الإثبات، بين أمرين لا يجوز الخلط بينهما:

الأمر الأول: إثبات الوقائع التي تتمسك بها الزوجة، أمام القضاء، لتبرير طلب الخلع.

ويبدو من النص السابق أن كل ما على الزوجة هو أن "تقرر صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض". مع ملاحظة أنه يكفي في هذا الصدد كدليل أن تقر صراحة بما حدده النص السابق، ولا تكلف بتقديم أية

أدلة أخرى على بغضها الحياة مع زوجها، ولا خشيتها ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

الأمر الثاني: إثبات وقوع التطليق للخلع، حيث إن هذا الإثبات إنما يتم بمقتضى الحكم الصادر بالتطليق للخلع، وهو دليل رسمي، وحجة قاطعة، وفوق ذلك، فقد قرر المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة (٢٠) السابقة أنه: "ويكون الحكم- في جميع الأحوال- غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن". ومما تجدر الإشارة إليه هنا، أن قبول دعوى الخلع التي ترفعها الزوجة ضد الزوج، يقتضى أن يكون الزواج موجودًا أو صحيحًا، لأن الخلع تطليق، وهذا الأخير لا يرد إلا على زواج صحيح. ويلزم فضلاً عن ذلك، لقبول هذه الدعوى، توافر أحد أمرين:

الأول: أن تكون الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية، إعمالاً للفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، إذ لاشك، أن دعوى الخلع تعد من الدعاوي الناشئة عن عقد الزواج، التي قيد المشرع قبولها بضرورة أن يكون الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية.

الثاني: إذا كان الزواج عرفيًا، فيجب أن يكون ثابتًا بأية كتابة، عملاً بالحكم الاستثنائي الوارد بعجز الفقرة الثانية من المادة (١٧) السابقة، لأن طلب الخلع من قبل الزوجة هو- كما أشرنا آنفًا- طلبًا للتطليق، فيسري عليه نفس الحكم الذي يستلزم أن يكون الزواج ثابتًا بأية كتابة.

الباب الرابع

الوثائق الرسمية
المقبولة كدليل لإثبات الزواج والطلاق والرجعة

١٠٢- لقد أشرنا من قبل إلى الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، والتي تنص على أنه: "لا تقبل عن الإنكار الدعاوي الناشئة عن عقد الزواج .... ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية،..." كما تنص المادة (٢١) من ذات القانون على أنه: "لا يعتد في إثبات الطلاق، عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق،...."

وبالنسبة للرجعة، نصت المادة (٢٢) من ذات القانون على أنه: "......، لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه الرجعة بورقة رسمية،...."

ويستفاد من هذه النصوص، أن المشرع المصري يحدد وثائق ومحررات رسمية، لكي تقبل الدعاوي المشار إليها في النصوص السابقة، وفضلاً عن ذلك، فإن هذه الوثائق والمحررات تؤدي دورًا حاسمًا في إثبات الزواج والطلاق والرجعة.

ووفقًا للقانون، فإن توثيق عقد الزواج يتم أمام الموظف المختص بذلك قانونًا، والموظف المختص بتوثيق عقود الزواج هو المأذون، بالنسبة لعقود الزواج التي يبرمها المصريون داخل البلاد متى كان الزوجان مسلمين. أما إذا

كان الزوج مسلمًا والزوجة كتابية، فإن مكاتب التوثيق هي التي تقوم بإجراء العقد وتوثيقه. وإن كان الزوجان مصريين غير مسلمين ومتحدي الملة والطائفة، فالموظف المختص هو الموثق المنتدب لذلك. وأما بالنسبة لعقود الزواج التي تبرم خارج البلاد، فإن الموظف المختص بتوثيقها هو الممثل الدبلوماسي والقنصلي.

فمتى يتم توثيق عقد الزواج؟

يتم هذا التوثيق فور الانتهاء من الصيغة الصادرة من أطراف العقد متى تنتهي المرحلة اللفظية وتبدأ المرحلة العملية، لكي تأخذ هذه الصيغ طريقها إلى التنفيذ واعتراف المجتمع كله بهذا العقد.

ومن المهم هنا، أن نبحث الاختصاص بعمل هذه الوثائق والمحررات الرسمية، وكيفية إعدادها، وواجبات القائمين على ذلك من المأذونين والموثقين، والموثقين المنتدبين فيما يتعلق بعقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة.

ولذلك، نقسم هذا الباب إلى الفصول الآتية:

الفصل الأول: الاختصاص بتوثيق عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة.

الفصل الثاني: النظام القانوني لإعداد وثائق الزواج واشهادات الطلاق والرجعة.

الفصل الثالث: واجبات القائمين بإعداد وثائق الزواج واشهادات الطلاق والرجعة.

الفصل الأول

الاختصاص بتوثيق عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة

١٠٣- وردت النصوص المنظمة لهذه الوثائق، بالنسبة للمسلمين من المصريين، في لائحة المأذونين المعمول بها ابتداء من سنة ١٩٩٥[١٩٤]، وبالنسبة لغير المسلمين من المصريين، في لائحة الموثقين المنتدبين المعمول بها أيضًا منذ سنة ١٩٩٥[١٩٥]. وعندما صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ظلت هاتان اللائحتان، معمولا بهما، وبما ورد عليهما من تعديلات. وذلك إلى أن يصدر وزير العدل قرارًا بتنظيم شئون المأذونين والموثقين وأعمالهم، ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال[١٩٦].

أولاً: اختصاص المأذون (أو الموثق المنتدب):

١٠٤- تنص المادة (١٨) من لائحة المأذونين لسنة ١٩٥٥، على الآتي:

(١٩٤) قرار وزير العدل بلائحة المأذونين- الوقائع المصرية في ١٩٩٥/١/١٠، العدد ٣- ملحق.

(١٩٥) قرار وزير العدل بلائحة الموثقين المنتدبين- الوقائع المصرية في ١٩٥٥/١٢/٢٩، العدد ١٠١.

(١٩٦) المادة (٥) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

"المأذون هو المختص دون غيره بتوثيق عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين.

ومع ذلك، فللعلماء المقيدة أسماؤهم في أحد المعاهد الدينية أن يتولوا تلقين صيغة العقد بحضور المأذون الذي يتولى توثيق العقد بعد تحصيل رسمه.

وعلى المأذون في هذه الحالة أن ينبه من يلقن صيغة العقد إلى ما قد يوجد من الموانع، فإن لم يقبل امتنع المأذون عن توثيق العقد، وأخطر المحكمة فورًا بذلك".

وهكذا، فإن المختص، قانونًا، بإجراء وتوثيق عقود الزواج، واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك، فيما بين المسلمين من المصريين، هو المأذون دون غيره.

وإذا ما قام أحد العلماء المشار إليهم، بتلقين صيغة العقد، فيجب أن يتم ذلك بحضور المأذون، وعلى هذا الأخير أن ينبه العالم إلى ما قد يوجد من الموانع، فإذا لم يقبل، امتنع المأذون عن توثيق العقد وأخطر المحكمة فورًا بذلك[١٩٧].

(١٩٧) منشور وزارة الحقانية رقم ٣٢، المبلغ للحاكم في ١٩٢١/٥/٥.

أما بالنسبة للمصريين، غير المسلمين المتحدى الديانة والملة والطائفة، فقد أوردت المادة (١٥) من لائحة الموثقين المنتدبين، نصا مماثلاً لنص المادة (١٨) المشار إليه أعلاه، حيث نصت على الآتي:

"لا يجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقـود الـزواج والرجعـة والطلاق والتصادق على ذلك، الخاصة بالأشـخاص المـصريين المتحـدى الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التي يقوم بالتوثيق بها".

ثانيًا: عدم اختصاص المأذون بتوثيق العقـود والاشـهادات إذا كـان أحـد الزوجين أجنبيًا أو غير مسلم:

١٠٥- وفقًا للمادة (١٩) من لائحة المأذونين، فإنه:

"لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج إذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم أو أجنبي الجنسية".

وبالتالي،إذا تقدم للمأذون مصري مسلم ومصرية كتابية، أو مـصري مسلم وأجنبية مسلمة، وطلبا منه توثيق عقد الزواج، فلا يجوز له ذلـك، لأن المختص بتوثيق مثل هذه العقود إنما هو الموثق في مكتب الشهر العقـاري، وليس المأذون ولا الموثق المنتدب. وهكذا، فإنه لا يجوز للمأذون أن يباشـر عقد زواج المصري المسلم على امرأة مسلمة غير مصرية، ولو كانت عربية، سودانية أو لبنانية أو سعودية أو سورية، .... الخ. كما لا يجوز له أن يباشر عقد زواج رجل مسلم غير مصري (أجنبي)، على امرأة مسلمة غير مصرية

(أجنبية)، وذلك عملاً بنص المادة (١٩) من لائحة المأذونين. أما غير ذوات الدين السماوي، من عبدة الأصنام والحيوان والأجرام السماوية والنار، وما إلى ذلك، فلا يجوز للمأذون، ولا للشهر العقاري إجراء زواجهما. ذلك أن المسموح للشهر العقاري توثيق عقدها من النساء، إنما هن اليهوديات والمسيحيات، في حالة زواج أيهن لمصري مسلم. وفي هذا الصدد يحسن أن نتذكر قول الله- سبحانه وتعالى-: "ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم".

ونرى أن المأذون أو الموثق، إذا أخطأ- متعمدًا أو بغير عمد- وباشر عقد الزواج في إحدى الحالات السابقة المحظور عليه مباشرتها، فإن مثل هذا الزواج لا يمكن اعتباره زواجًا موثقًا، لأن الوثيقة بفرض وجودها، تكون باطلة، لأننا هنا بصدد مخالفة قاعدة متصلة بالنظام العام. وبالتالي يكون هذا الزواج- إن وجد- في حكم الزواج العرفي، فلا تقبل الدعاوي الناشئة عنه بسند من هذه الوثيقة الباطلة.

ثالثًا: المأذون أو الموثق المنتدب المختص بتوثيق عقود الزواج وإشهاد الطلاق والرجعة:

١٠٦- تنص المادة (٢٠) من لائحة المأذونين- وتقابلها المادة (١٦) من لائحة الموثقين المنتدبين[١٩٨]- على أنه: "إذا اختلف محل إقامة الزوجين، كان

([١٩٨]) تنص المادة (١٦) من لائحة الموثقين المنتدبين على أنه:

المختص بتوثيق العقد مأذون الجهة التي بها محل إقامة الزوجة، وله أن ينتقل لتوثيق عقد زواجها في غير دائرته. ومع ذلك، يجوز للطرفين أن يتفقا على أن يوثق العقد مأذون آخر، وفي هذه الحالة يشترط لقيام هذا المأذون بذلك أن تقدم له شهادة من المحكمة الجزئية الشرعية المقيمة في دائرتها الزوجة بأن التحريات دلت على عدم وجود مانع شرعي أو قانوني. وإذا لم يكن للزوجة محل إقامة ثابت، جاز أن يتولى العقد مأذون الجهة التي تكون بها وقت طلب العقد.

والمأذون المختص بقيد الطلاق هو مأذون الجهة التي يقيم بها المطلق، إلا إذا اتفق الطرفان على قيده بمعرفة مأذون آخر.

والمأذون المختص بقيد الرجعة هو المأذون الذي يختاره الزوج".

يمكن، إذن، أن نستخلص من هذا النص- ومن نص المادة (١٦) من لائحة الموثقين المنتدبين- الأحكام الثلاثة المهمة الآتية:

"إذا اختلف محل إقامة الزوجين كان المختص بتوثيق العقد الموثق المنتدب بالجهة التي بها محل إقامة الزوجة، وله أن ينتقل لتوثيق عقد زواجها في غير دائرته. ومع ذلك، يجوز للطرفين أن يتفقا على أن يوثق العقد موثق منتدب آخر. وفي هذه الحالة يشترط لقيام هذا الأخير بعملية التوثيق عدم وجود مانع شرعي أو قانوني يمنع من الزواج، وإذا لم يكن للزوجة محل إقامة ثابت جاز أن يتولى توثيق العقد، الموثق المنتدب في الجهة التي تكون بها الزوجة وقت طلب التوثيق.

والموثق المنتدب المختص بقيد الطلاق هو موثق الجهة التي يقيم بها المطلق، إلا إذا اتفق الطرفان على قيده بمعرفة موثق منتدب آخر".

(أ)- في شأن توثيق عقد الزواج:

١٠٧- يستفاد من النص السابق، أنه فيما يتعلق بتوثيق عقود الزواج، فإن الاختصاص المكاني للمأذون أو للموثق المنتدب، يتحدد على النحو الآتي:

١- في حالة اختلاف محل إقامة طرفي عقد الزواج، يكون المأذون أو الموثق المنتدب المختص بتوثيق عقد الزواج، هو مأذون، أو الموثق المنتدب، للجهة التي يقع فيها محل إقامة الزوجة. وللمأذون أن ينتقل لتوثيق عقد زواجها في غير دائرته.

٢- في حالة اتفاق الطرفين على أن يوثق عقد الزواج مأذون آخر، حينئذ يجوز لهذا المأذون الآخر توثيق عقد زواجهما، بشرط أن تقدم له شهادة من المحكمة الجزئية الشرعية (للأحوال الشخصية للولاية على النفس)، التي تقيم الزوجة في دائرتها، تتضمن أن التحريات دلت على عدم وجود مانع شرعي أو قانوني.

٣- في حالة إذا لم يكن للزوجة محل إقامة ثابت، فيجوز أن يتولى عقد الزواج مأذون الجهة التي تكون فيها وقت طلب العقد.

وقد جاء بكتاب وزارة الحقانية الموجه لمحكمة الإسكندرية في ٢٧/١٠/١٩١٧، ردًا على كتابها التي تستفهم فيه عن المحل الذي يعد محل إقامة الزوجة، هل هو محل الزوجة؟ أم محل وكيلها؟ حيث أفادت الوزارة بأن المعتبر في الاختصاص لعقد الزواج هو محل إقامة الزوجة لا وكيلها. وللمأذون الذي أراد أن يباشر عقد زواج امرأة تقيم في دائرة اختصاصه

بمنزل خارج عن هذه الدائرة، سواء وجدت فيه المرأة حين العقد أو لم توجد، لا يحتاج إلى إذن من المحكمة بالانتقال إلى ذلك المكان، لأنه هو المأذون المختص بإجراء هذا العقد طبقًا للمادة (٢٠) من لائحة المأذونين[١٩٩].

(ب)- في شأن اشهادات الطلاق:

١٠٨- وفقًا للنص السابق، فإن الاختصاص المكاني للمأذون- أو الموثق المنتدب- بقيد اشهادات الطلاق يشمل حالتين:

١- حالة يختص فيها مأذون الجهة- أو الموثق المنتدب- التي يقيم بها المطلق بقيد اشهاد الطلاق.

٢- حالة اتفاق الطرفين على أن يتولى مأذون- أو موثق منتدب- آخر قيد طلاقهما. مثال ذلك، أن يتفق الزوجان على الطلاق، فيذهبان معًا إلى المأذون الموجود في مكان تواجدهما لكي يقيد إشهاد الطلاق، بصرف النظر عن كونه مأذون الجهة التي يقيم فيها الزوج أو الزوجة أو ليس هذا ولا ذاك.

(ج)- في قيد اشهادات الرجعة:

١٠٩- وفقًا للمادة (٢٠) من لائحة المأذونين- السابق ذكرها- فإن قيد اشهاد الرجعة يختص بإجرائه المأذون الذي يختاره الزوج. وفي هذا تيسير على الزوج حتى يتسنى له مراجعة زوجته في فترة عدتها، ولو كان موجودًا بالصدفة في غير مكان إقامته المعتاد.

(١٩٩) كتاب وزارة الحقانية رقم ٥٤٧ لمحكمة الإسكندرية في ١٩٢٩/٧/٩.

الفصل الثاني

النظام القانوني لإعداد وثائق الزواج
واشهادات الطلاق والرجعة

أولاً: دفاتر المأذونين والموثقين المنتدبين:

١١٠- تنص المادة (٢٢) من لائحة المأذونين[٢٠٠] على أنه:

"يكون لدى كل مأذون دفتران، أحدهما لقيد الزواج والمصادقة عليه، والرجعة وما يتعلق بكل ذلك، والآخر لقيد الطلاق، ويتسلم هذين الدفترين من المحكمة التابع لها، وبعد انتهاء أي دفتر، يسلمه المأذون إلى المحكمة فور انتهائه بإيصال.

ويجوز عند الاقتضاء إعطاء دفتر جديد للمأذون قبل انتهاء الدفتر الأول. ولا يجوز استعمال الدفتر لأكثر من خمس سنوات".

كما تنص المادة (٢٣) من لائحة المأذونين[٢٠١]، على أنه:

"إذا لم يكن بالمحكمة الكلية أو الجزئية دفاتر معدة لقيد العقود والاشهادات، فللقاضي أن يأذن في إجراء العقود والإشهادات لدى مأذون جهة أخرى، وذلك بعد تقديم الشهادة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٢٠)".

---

(٢٠٠) وتقابلها المادة (١٨) من لائحة الموثقين المنتدبين.

(٢٠١) وتقابلها المادة (١٩) من لائحة الموثقين المنتدبين.

وتشير هذه النصوص إلى الأحكام الآتية:

١- يقوم المأذون- أو الموثق المنتدب- باستلام دفترين من المحكمة التي يتبعها، أحدهما لقيد الزواج والمصادقة عليه والرجعة، وما يتعلق بهما، والآخر لقيد الطلاق.

٢- في حالة انتهاء أي دفتر يقوم المأذون- أو الموثق المنتدب- بتسليمه إلى المحكمة بإيصال فور انتهائه.

٣- ويجوز أن يسلم للمأذون- أو الموثق المنتدب- دفتر جديد، قبل انتهاء الدفتر الذي بيده، على ألا يستعمل الدفتر الجديد قبل انتهاء الدفتر الجاري استعماله.

٤- لا يجوز استعمال الدفتر لأكثر من خمس سنوات.

٥- إذا لم يكن بالمحكمة الكلية أو الجزئية دفاتر معدة لقيد العقود والاشهادات، فللقاضي أن يأذن في إجراء العقود والاشهادات لدى مأذون جهة أخرى، وذلك بعد تقديم شهادة من المحكمة الجزئية الشرعية التي تقيم الزوجة في دائرتها، تتضمن أن التحريات دلت على عدم وجود مانع شرعي أو قانوني. من ناحية أخرى، فإنه فيما يتعلق بعدم جواز استعمال دفاتر الزواج أو الطلاق لأكثر من خمس سنوات. هل تبدأ المدة من تاريخ تسلمها من المحكمة؟ أم من تاريخ الاستعمال بقيد أول عقد أو إشهاد؟ وهل إذا بقى الدفتر بيد المأذون كل هذه المدة دون أن يكتب فيه شيء، يرد إلى المحكمة ليحفظ بها؟ أم يبقى بيد

المأذون؟

"قد أفادت وزارة العدل[٢٠٢] بأن نص اللائحة صريح في عدم جواز استعمال الدفتر لأكثر من خمس سنوات، والاستعمال هو العمل في الدفتر، ومن ثم يكون بدء استعمال الدفتر هو بدء العمل فيه بقيد أول عقد أو إشهاد. وبالتالي، يكون عدم كتابة أي عقد أو اشهاد بالدفتر هو عدم استعمال هذا الدفتر، مع مراعاة المادة ٣٢ من لائحة المأذونين التي تنص على أنه: "على المأذون أن يقدم كل شهر دفتري الزواج والطلاق إلى المحكمة الجزئية التابع لها للمراجعة ولم لم يعمل بهما". والتنبيه إلى مراعاة ذلك في دفاتر الزواج والطلاق الخاصة بالمأذونين والخاصة بالموثقين المنتدبين.

ثانيًا: حكم فقد أو تلف دفتر الزواج أو الطلاق:

١١١- في حالة فقد دفتر زواج أو طلاق، تجمع القسائم البرانيات من الزوج أو الزوجة، ويقوم قلم الكتاب بتسليم صورة طبق الأصل منها لأربابهما بدون رسم. وفي حالة تعذر جمع البرانيات يستعاض عنها بالرجوع إلى الجداول السابق تقديمها من المأذون- وتدون البيانات في ورقة عادية وتختم بختم المحكمة وتوقع من الكاتب والقاضي ويؤشر عليها بأن ما فيها كان رصيد عقد زواج من دفتر فقد. وترتب هذه القسائم المجموعة أو الأوراق المكتوبة حسب

---

[٢٠٢] الكتاب الدوري رقم ٧٤-٢١: ٦ (١٥٩٨)، المبلغ من الوزارة إلى المحاكم في ١٩٦١/٦/١٣.

تاريخ صدورها، وتجلد وتحفظ بالمحكمة مكان الدفتر المفقود ويعطـي رقـم الحصر السابق[٢٠٣].

أما الدفاتر المحروقة (أو الفاقدة) فتدون البيانات فـي ورقـة عاديـة بالرجوع إلى السابق تقديمها من المأذون وتختم بخاتم المحكمة، وتمضي مـن الكاتب والقاضي ويؤشر عليها بأن ما فيها كـان رصـيد حـرق، وتلـصق بالدفتر[٢٠٤] ودفاتر الطلاق التي فقدت من المحكمة والتي استجمعت قـسائمها من أرباب الشأن، تبقى المحكمة بدل الرصيد المفقود، على أن تقوم المحكمـة بتسليم صور طبق الأصل منها لأربابها بدون رسم، وأن ترتب حسب تـاريخ صدورها، وتجلد وتحفظ بالمحكمة مكان الدفاتر الموجودة، بعد التأشير عليها بما يفيد الاستعاضة بها عن الرصيد المفقود[٢٠٥].

وقد اطلعت الوزارة على كتـاب محكمـة الزقـازيق رقـم ١٣٤٤ والأوراق الواردة معه بشأن اشهادات الطلاق التي تلف بعض ورقهـا مـن أصول دفتر عملية مأذون ناحية (...) وتوافق على ما رأته المحكمة من كتابة ما ضاع من الكلمات بسبب تآكل الأوراق على هامش أصل كل إشـهاد فـي

(٢٠٣) كتاب إدارة النيابات (قسم تفتيش الأحوال الشخصية) المؤرخ في ١٨/١٠/١٩٦٤ إلى رئيس نيابة الزقازيق الكلية بشأن الإفادة عما يتبع في إنشاء دفتر زواج بدلاً من المفقود.

(٢٠٤) منشور الوزارة للمحاكم رقم (١) في ١/٢/١٩١٥.

(٢٠٥) كتاب الوزارة المبلغ لمحكمة الزقازيق رقم ١٨٥٨ في ٢/٤/١٩٣٠.

الدفتر من واقع البرانيات، والتوقيع على ذلك من القاضي والمأذون والإشارة إلى ذلك بآخر السطر(٢٠٦).

وبناء على ما تقدم، فإننا نرى أنه في حالة فقد أو تلف دفاتر الزواج أو الطلاق، فإن ما يتم إعداده من أوراق لتحل محلها وتوقع من الكاتب والقاضي، فإنها تقوم مقام الأصل المفقود أو التالف، متى روعيت الضوابط السابقة، وحينئذ تكون لها نفس الحجية في الإثبات باعتبارها أوراقًا رسمية وأصلا لهذه الأوراق الرسمية، وليست مجرد صورة، يستوي في ذلك دفاتر الزواج، ودفاتر الطلاق التي يتم استكمال ما تلف من أوراقها وتوقع من القاضي والمأذون على السابق.

١١٢- من جانب آخر، فإنه يحظر استعمال دفاتر لقيد العقود غير الدفاتر الرسمية، مهما كانت الأسباب إلا بإذن من الوزارة، ويرخص بإعطاء دفتر جديد لمن يطلب ذلك من المأذونين قبل انتهاء الدفتر الذي بيده في الأحوال التي تستدعي ذلك، على ألا يستعمل الدفتر الجديد قبل انتهاء الدفتر الأول(٢٠٧).

وترى الوزارة أن المحكمة التي ليس فيها دفاتر عقود الزواج، تستعمل كراسات بيضاء، ويختم عليها قاضي المحكمة، وترقم بأرقام متوالية وتسلم للمأذون للعمل فيها. وبعد ورود الدفاتر الرسمية يكلف المأذون بنقل

(٢٠٦) كتاب الوزارة المبلغ لمحكمة الزقازيق رقم ١٥٢٠ في ١٩٣٣/٣/١٤.

(٢٠٧) منشور وزارة الحقانية رقم ٣١ المبلغ للمحاكم في ١٩٢٤/١٢/٢٧.

العقود من الكراسات إلى الدفاتر الرسمية متوالية مرتبة بحسب تواريخها وموقعًا عليها من أرباب الشأن والشهود، ويكتب بها من الوثائق والبرانيات ما يفيد أنها دونت أولاً في كراسة، ونقلت إلى الدفاتر بأمر الوزارة، ويكتب أيضًا في الكراسات أن ما بها نقل إلى الدفتر الرسمي وتحفظ الكراسات مع الدفاتر[٢٠٨].

وأن وثيقة عقد الزواج التي نزع رصيدها من الدفتر، ووضع بدله إحدى البرانيات، تبقى ويؤشر عليها بأن هذه الصورة بدل الرصيد الذي سلخ خطأ ولم يعثر عليها، ويوقع عليه القاضي والكاتب الأول، ثم يعطي الطالب صورة طبق الأصل[٢٠٩].

وأن الوزارة اطلعت على كتاب المحكمة (طنطا) ... الخاص بفقد دفتري الزواج والطلاق...عملية مأذون ناحية (...) مركز (...) وترى النظر في رصيد العقود التي قيدت بدفتر الزواج الفاقد بدفتر جديد يصرف للمأذون بعد سداد قيمته للخزينة من طرفه، وليباشر عمله الجديد بباقي أوراقه[٢١٠]. وتقيد العقود المفقودة من الدفتر الضائع في دفتر جديد، وتقيد هذه العقود من

(٢٠٨) كتاب الوزارة لمحكمة أسيوط في ١٩٢٧/٢/٢٠.

(٢٠٩) كتاب الوزارة لمحكمة شبين الكوم في ١٩٥٣/٤/١٢.

(٢١٠) كتاب الوزارة لمحكمة طنطا في ١٩٣٥/١٢/١٦.

واقع البرانيات بدون رسم من أربابهـــا، ويوقـــع المـــأذون، ويؤشـــر مـــن المحكمة[٢١١].

أما بالنسبة لرصيد العقد الذي تعذرت قراءته، فترى المحكمـــة حفـــظ إحدى برانيته بدفتر الزواج على أنها جزء من الدفتر، ويعطي صورة طبـــق الأصل لمن أخذت منه البرانية على أن يؤشر بذلك على رصيد العقد والبرانية التي تحفظ معه، ويوقع على ذلك من قاضي المحكمة وكاتبها[٢١٢].

وبالنسبة للذي ملأ رصيد العقد رقم ١٤ على أنه أحد برانيتى العقـــد رقم ١٣ من الدفتر، ولما تبين له ذلك ألغى المدون بصلب رصيد العقد وكتب العقد رقم ١٤ على هامش الرصيد المذكور.

ترى الوزارة الاكتفاء بالاحتفاظ بإحدى البرانيتين واعتبارهـــا أصـــلاً ورصيدًا لهذا العقد والتوقيع عليها بما يفيد ذلك من قاضي المحكمة وكاتبهـــا الأول، وترك المدون بالرصيد رقم (١٤) كما هو، لأن الخلاف بين البرانيتين والمدون بالهامش ليس له أثر يذكر، على أن تحرر صوره طبق الأصل وتسلم لصاحب البرانية[٢١٣].

---

(٢١١) كتاب الوزارة رقم ٤١٧ لمحكمة بني سويف في ١٩٥٣/١/٢٠.

(٢١٢) كتاب الوزارة رقم ٦٠٨ لمحكمة الزقازيق في ١٩٥٤/٢/١.

(٢١٣) كتاب الوزارة رقم ٦١٨ لمحكمة طنطا في ١٩٥٤/٢/١.

ثالثًا: قواعد تحرير عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة:

١١٣- تنص المادة (٢٤) من لائحة المأذونين على الآتي[٢١٤]:

"على المأذون أن يحرر وثائق الزواج واشهادات الطـلاق والرجعـة والمصادقة عليها في نفس المجلس، ويكون ذلك من أصل وثلاث صور يسلم لكل من الزوجين صورة، والثالثة لأمين الـسجل المـدني، ويبقـى الأصـل محفوظًا بالدفتر.

وعليه أن يقدم ما يبرمه من الوثائق إلى أمين الـسجل (أي الـسجل المدني)، الذي حدثت بدائرته الواقعة خلال ثلاثة أيام من تاريخ إبرامها، وذلك لقيدها في السجل الخاص وختمها والتأشير عليها برقم القيد، ولا يسلم المأذون إلى الزوجين الصورتين الخاصتين بهما إلا بعد تمام هذه الإجراءات. ويجب أن يأخذ بالتسليم إيصالاً على الأصل الباقي في الدفتر، وإذا لـم يـتم تـسليم صاحب الشأن الصورة الخاصة به في يوم استرداد الوثائق من مكتب السجل المدني، وجب على المأذون أن يرسل هذه الصورة في اليـوم التـالي علـى الأكثر إلى المحكمة لترسلها إليه بكتاب موصى عليه بعلم الوصول إن كـان يقيم في (مصر) أو بواسطة وزارة الخارجية إن كان يقيم في بلد أجنبي".

---

(٢١٤) هذه المادة مستبدلة بقرار وزير العدل المنشور بالوقائع المصرية، العدد ١٠٢ الصادر فـي ١٩٦١/١٢/٢٥، وتقابلها المادة (٢٠) من لائحة الموثقين المنتدبين.

يحدد هذا النص قواعد وإجراءات تحرير وثائق الـزواج واشـهادات الطلاق والرجعة والمصادقة عليها، وتسجيلها بالسجل المدني، وتسليم صورها لأربابها وإجراءات ذلك على النحو الآتي:

١- على المأذون- أو الموثق المنتـدب- أن يحـرر الوثـائق والاشـهادات والمصادقة عليها في نفس المجلس.

٢- يكون تحريرها من أصل وثلاث صور، يبقى الأصل محفوظًا بالـدفتر، ويسلم صورتين لكل من الزوجين، والصورة الثالثة تسلم لأمين السجل المدني الذي حدثت الواقعة في دائرته.

٣- يقوم المأذون بتسليم الوثائق التي يبرمها إلى أمين السجل المدني المختص خلال ثلاثة أيام من تاريخ إبرامها.

٤- يقوم أمين السجل المدني بقيد الوثائق المسلمة من المأذونين - أو الموثق المنتدب- في السجل الخاص وختمها والتأشير عليها برقم القيد.

٥- لا يسلم المأذون الصورتين الخاصيتين بالزوجين إلا بعد تمام الإجراءات سالفة الإشارة، ويجب أن يكون التسليم بموجب إيصال على الأصل البـاقي بالدفتر.

٦- إذا لم يتم تسليم صاحب الشأن الصورة الخاصة به فـي يـوم اسـترداد الوثائق من مكتب السجل المدني، وجب على المأذون أن يرسل الصورة إلى

المحكمة في اليوم التالي على الأكثر، لترسلها إليه بكتاب موصي عليه بعلم الوصول، إن كان مقيمًا بجمهورية مصر العربية، أو بواسطة وزارة الخارجية، إن كان يقيم في بلد أجنبي.

ولقد أوجب الكتاب الدوري الصادر من إدارة النيابات إلى أقلام كتاب نيابات الأحوال الشخصية (نفس) [٢١٥]، تكليف المأذونين (والموثقين المنتدبين) إلى تقديم دفاتر التوثيق بعد إجراء كل عقد وقبل إرسالها إلى أمين السجل المدني المختص تطبيقًا للمادتين ٢٤ من لائحة المأذونين و٢٠ من لائحة الموثقين المنتدبين لمراجعة الرصيد على البرانيات للتأكد من سلامة التوثيق، على ألا تسلم للمأذون أو الموثق المنتدب الصورتان الخاصتان بالزوجين إلا بعد إتمام هذه الإجراءات. وعلى أقلام الكتاب مراعاة ذلك بمنتهي الدقة، وسننظر بكل شدة في أمر من يخالف هذه التعليمات.

رابعاً: التوقيع على الوثائق:

١١٤- تنص المادة (٢٥) من لائحة المأذونين على الآتي:

(٢١٥) كتاب دوري رقم ١٦ لسنة ١٩٦٦ (أحوال شخصية نفس) المبلغ في ١٩٦٦/٣/٢٣، من إدارة النيابات إلى أقلام كتاب نيابات الأحوال الشخصية (نفس).

"يجب أن يوقع أصحاب الشأن والشهود على الأصل وصور الوثائق بإمضاءاتهم، فإن كان أحدهم يجهل الكتابة والقراءة وجب أن يوقع بخاتمة وبصمة إبهامه[٢١٦].

"ويجوز بالنسبة للأشخاص التابعين لمحاكم عنيبة والواحات البحرية والقصير ومحافظات سيناء والصحراء الجنوبية والغربية الاكتفاء بالتوقيع ببصمة الإبهام عند عدم وجود الخاتم"

وهكذا، فإن وثيقة الزواج الرسمية تكون قد استكملت أركان وشروط المحررات الرسمية، من حيث تحريرها من قبل الموظف المختص، وهو هنا المأذون، ووفقًا للإجراءات والضوابط التي حددها القانون، وتحمل توقيعات أصحاب الشأن: الزوجان والشهود والمأذون. مع مراعاة أن التوقيع يكون على الأصل وصور الوثائق، مما يعني أن هذه الأخيرة تعد في الحقيقة أصلاً وليست صورًا، إذ أنها تحمل أيضًا توقيعات ذوي الشأن، وقام بتحريرها المأذون. فهي، إذن، محررات رسمية كاملة، سواء وجد الأصل المتمثل في دفتر عقود الزواج أم لا. فما يسلم للزوجين وأمين السجل المدني المختص هي محررات رسمية أصلية وليست صورًا.

وإذا كان أحد الزوجين أو كليهما، أو أحد الشهود لا يستطيع أن يوقع بالإمضاء لأنه يجهل الكتابة، فالنص يستلزم أن يوقع بخاتمه وبصمة إبهامه.

---

(٢١٦) حلت عبارة أصل وصورة الوثائق محل عبارة أصل وصورتي الوثيقة بقرار وزير العدل في ١٩٦١/١٢/٢٥ وتقابلها المادة (٢١) من لائحة الموثقين المنتدبين.

إلا إذا كان أحد هؤلاء من التابعين لمحاكم عنيبة والواحات البحرية والقصير ومحافظات سيناء والصحراء الجنوبية والغربية، فيكتفي بالتوقيع ببصمة الإبهام عند عدم وجود الخاتم. وواضح أن القانون يراعي أن سكان هذه المناطق تنتشر بينهم الأمية، فكان من المنطق والعدالة الاكتفاء ببصمة الإبهام وفقًا للشائع في هذه المناطق.

خامسًا: وفاة المأذون قبل تمام التوثيق:

١١٥- تنص المادة (٢٦) من لائحة المأذونين على الآتي:

"إذا توفي المأذون قبل تمام توثيق العقد أو الإشهاد، يعمل تصادق لهذا العقد أو الإشهاد بمعرفة المأذون المحالة إليه أعمال المأذون المتوفى، تحت إشراف المحكمة ولا يحصل رسم جديد على التصادق".

يواجه هذا النص حالة وفاة المأذون- أو الموثق المنتدب- بعد أن شرع في إتمام توثيق العقد أو الإشهاد، ولكن لم ينته بعد، فحينئذ يترك عقود زواج أو اشهادات طلاق لم يكتب رصيدها، أو كتب الرصيد، ولكن أرباب الشأن وقعوا عليها دون المأذون. ولذلك، رأت وزارة العدل- تبسيطًا للإجراءات- ومنعًا لكثرة تبادل المكاتبات في هذا الشأن، نشر التعليمات الآتية لإتباعها من قبل المحاكم المختصة:

أولاً: العقود والاشهادات التي تمت كتابتها بالرصيد وينقصها فقط توقيع المأذون، تبقى على ما هي عليه، ويؤشر على هامشها من فضيلة القاضي بحالتها هذه، ويشار إلى كتاب الوزارة بذلك، ويوقع منه على ذلك.

ثانيًا: العقود والاشهادات التي لم يكتب رصيدها، وإنما وقع عليها من أرباب الشأن، والشهود، على بياض، يستحضر أربابها وتدون في رصيد آخر (تصادق عليها) مستندة إلى تاريخها الحقيقي بصداقها المسمى فيها ويلغى كل رصيد موقع عليه على بياض- مع برانياته- ولا تحصل رسوم جديدة على هذه المصادقات، من أربابها، بل تعتبر رسومها المحصلة بمعرفة المأذون المتوفى، وكذلك الحال بالنسبة لثمن التمغة.

ثالثًا: لا يخصم شيء من هذه العقود البيضاء للمأذون المتوفى.

رابعاً: أن تكون هذه المصادقات بمعرفة المأذون الذي على هذه المأذونية تحت إشراف المحكمة.

خامسًا: فيما يختص بالرسم الباقي من ورثة المتوفى.

أما التمغة الباقية بالدفاتر بعد عمل المصادقة الجديدة، فترد إلى المحكمة، ثم تباع للمأذون المحالة عليه.. ويصرف ثمنها إلى ورثة المتوفى بالطرق المتبعة[٢١٧].

---

(٢١٧) كتاب الوزارة الدوري رقم ٤٦٥١ المبلغ للمحاكم في ١٩٤٥/١/١٢.

وأن عقود الزواج التي وجدت بيضاء هي وصورها بدفتر مأذون متوفى، ورأت الوزارة عمل تصادق على الزوجية، وامتنع أرباب الشأن، المتوقع منهم على هذه العقود، عن تنفيذ هذا الرأي، يؤخذ قولهم بهذا الامتناع رسميًا، ويؤشر على هذا الرصيد وصورته(٢١٨).

سادسًا: تحرير الوثائق بالمداد الأسود وحكم الخطأ في الكتابة:

١١٦- تنص المادة ٢٧ من لائحة المأذونين(٢١٩). على الآتي:

"على المأذون أن يحرر الوثائق بنفسه بالمداد الأسود بخط واضح بلا محو أو شطب أو تحشير. وإذا وقع خطأ بالزيادة في الكتابة، وجب أن يؤشر على الكلمات الزائدة، ويشير إلى إلغائها في الهامش أو في نهاية الوثيقة مع بيان عدد الكلمات الملغاة والسطر الموجودة فيه. وإذا كان الخطأ بالنقص يزاد ما تلزم زيادته كذلك ويوقع المأذون على جميع ما ذكر هو ومن وقعوا على العقد. وعلى المأذون أن يعني بالمحافظة عل دفاتره".

" ويبدو أن الهدف من اشتراط استعمال المداد الأسود في كتابة بيانات الوثائق هو الحرص على ظهور الكتابة ووضوحها، وأن المداد الأسود بطبيعته لا يسهل محوه، ولا يتأثر سريعًا بعامل الزمن، ولذا أوجب النص

(٢١٨) كتاب الوزارة رقم ٢٧٣١ لمحكمة قنا في ١٩٣٢/٦/٨.

(٢١٩) تقابلها المادة (٢٢) من لائحة الموثقين المنتدبين.

على المأذون استعماله. وإذا ما تعذر وجود المداد الأسود، فيمكن للمأذون أن يستعمل مدادًا مقاربًا بحيث لا يسهل محوه.

كما ألزم النص السابق المأذون أن يحرر الوثائق بنفسه، غير مستعين بمساعد أو أي شخص آخر. وأن يكون ذلك بخط واضح، غير مشوب بمحو أو شطب أو تحشير، احترامًا للثقة الواجبة للمحررات الرسمية. وإذا ما وقع المأذون في خطأ في الكتابة في بيانات الوثائق، فهذا الخطأ قد يقع بالزيادة، وقد يقع بالنقص. فبالنسبة للخطأ في الكتابة بالزيادة، يجب على المأذون أن يؤشر على الكلمات الزائدة، وأن يشير إلى إلغائها في الهامش أو في نهاية الوثيقة، مع بيان عدد الكلمات الملغاة والسطر الموجودة فيه. أما إذا كان الخطأ بالنقص فيما كان يجب أن يكتب، فيزاد ما تلزم زيادته، ثم يوقع المأذون ومن وقعوا على العقد على جميع ما ذكر عن الزيادة أو النقص.

أخيرًا، فيجب على المأذون أن يحافظ على دفاتره.

- **الجداول:**

تنص المادة ٢٨ من لائحة المأذونين(٢٢٠). على الآتي:

"تسلم إلى المأذون جداول يدون فيها رقم كل قسيمة تم تحريرها بالدفاتر وأسماء أطرافها وموضوع التصرف القانوني الذي تحويه باختصار.

(٢٢٠) تقابلها المادة (٢٣) من لائحة الموثقين المنتدبين.

ويقوم المأذون بتحرير هذا الجدول من أصل وصوره من واقع الدفاتر يومًا فيومًا ويبلغ الأصل إلى المحكمة".

إن مؤدى هذا النص أن المأذون يدون في الجداول التي تسلم إليه رقم كل قسيمة تم تحريرها بالدفاتر وأسماء أطرافها، وموضوع التصرف القانوني الذي تحويه باختصار. ويحرر المأذون هذا الجدول من أصل وصورة يومًا فيومًا ويبلغ الأصل إلى المحكمة.

ويتم تسليم أصل الجدول أثناء توريد المأذون لرسوم تلك العقود والاشهادات، ويؤشر عليه بتوريدها في الميعاد الذي حددته المادة ٣١ من اللائحة[٢٢١].

سابعًا: حكم فقد أصل الوثيقة من الدفتر:

١١٧- تنص المادة (٢٩) من لائحة المأذونين[٢٢٢]، على أنه:

"إذا فقدت الوثيقة الموجودة بالدفاتر تطلب الصورة الخاصة بأحد أصحاب الشأن لتوضع بالدفتر بدل الوثيقة المفقودة. على أن تسلم له صورة طبق الأصل بدون رسم.

---

(٢٢١) تنص المادة ٣/٣١ من لائحة المأذونين أن "يكون توريد الرسوم كل خمسة عشر يومًا إلا إذا بلغت عشرة جنيهات فإنها تورد في الحال".

(٢٢٢) تقابلها المادة (٢٤) من لائحة الموثقين المنتدبين.

وإذا لم توجد الوثائق تؤخذ البيانات من الجداول المقدمة من المـــأذون وتقيد في ورقة عادية تختم بخاتم المحكمة ويوقعها القاضي والكاتب، ويؤشر عليها بأن ما فيها كان أصل عقد أو إشهاد وتلصق بالدفتر".

كما تنص المادة (٣٠) من اللائحة[٢٢٣]، على أنه:

"إذا فقد دفتر المأذون تجمع الوثائق الخاصة بأصحاب الشأن منهم، إن وجدت، أو تجمع البيانات الخاصة بما دون في هذا الدفتر من الجداول طبقًـــا لما هو بين في المادة السابقة وترتب على حسب صدورها وتجلـــد وتحفـــظ بالمحكمة مكان الدفتر، وتسلم صورة من الوثائق لأصـــحابها بـــدون رســـم".

ومؤدى هذه النصوص أنه في حالة فقد أصل الوثيقة الموجودة بدفتر المأذون، أو فقد دفتر المأذون ذاته، تتبع القواعد الآتية:

١-تطلب الصورة الخاصة بأحد أصحاب الشأن لتوضع بالدفتر بدل الوثيقـــة المفقود، على أن تسلم له صورة طبق الأصل بدون رسم.

٢- إذا لم توجد الوثائق تؤخذ البيانات من الجداول المقدمة من المأذون وتقيد في ورقة عادية تختم بخاتم المحكمة، ويوقعها القاضي والكاتب، ويؤشـــر عليها بأن ما فيها كان أصل عقد أو إشهاد وتلصق بالدفتر.

٣-وإذا كان ما فقد هو دفتر المأذون، فتجمع الوثائق الخاصة بأصحاب الشأن منهم إن وجدت.

---

(٢٢٣) وتقابلها المادة (٢/٢٤) من لائحة الموثقين المنتدبين.

٤-في حالة عدم وجود وثائق من ذوي الشأن، تجمع البيانات الخاصة بما دون في هذا الدفتر من الجداول، وترتب على حسب صدورها وتجلد وتحفظ بالمحكمة مكان الدفتر.

٥-تسلم صورة من الوثائق لأصابها بدون رسم.

وإذا كان مؤدى ما نصت عليه المادتان (٢٩) و(٣٠) عن لائحة المأذونين أن تسلم صورة لصاحب الشأن بدل وثيقته لتصبح أصلاً بدل الأصل الفاقد، ومتى كانت تسليم صورة منها لصاحبها تعويضًا له عن الصورة التي أخذتها المحكمة، فلا يصح أن يضار صاحب الشأن بهذا الجزاء، لذا يمكن أن تسلم صورة على ورق عادي، مؤشرًا عليها بما يفيد أنها حررت على الورق العادي لمصلحة صاحب الشأن.

ثامنًا: خضوع دفاتر المأذونين والموثقين المنتدبين للمراجعة:

١٨- تنص المادة (٣٢) من لائحة المأذونين[٢٢٤]، أن:

" على المأذون أن يقدم كل شهر دفتري الزواج والطلاق إلى المحكمة الجزئية التابع لها للمراجعة ولو لم يعمل بهما.

---

(٢٢٤) تقابلها المادة (٢٦) من لائحة الموثقين المنتدبين- المعدلة بقرار وزير العدل الصادر في ١٩٥٦/٤/١٦- "على الموثق المنتدب أن يقدم كل شهر دفترى الزواج والطلاق إلى المحكمة الجزئية التابع لها، وفي حالة ما إذا لم يعمل بالدفتر يكتفي بإخطار المحكمة بذلك، ويقدم الدفتر للمراجعة كل ثلاثة شهور. وتعين المحكمة الأيام التي يحضر فيها الموثق المنتدب للمراجعة، أما الموثقون المنتدبون الذين يوردون كل ثلاثة أشهر، فإنهم يتقدمون دفاترهم للمراجعة في نهاية هذه المدة.

وتعين المحكمة الأيام التي يحضر فيها المأذون للمراجعة. أما المأذونين الذين يوردون كل شهر، فإنهم يقدمون دفاترهم للمراجعة في نهاية هذه المدة".

وقد تبين لوزارة العدل أن بعض المحاكم الشرعية لا تسير على وتيرة واحدة في مراجعة أعمال المأذونين وتفتيش دفاترهم، فتوحيدًا للعمل، وضمانًا لحسن سيره ترى الوزارة إتباع القواعد الآتية:

أولاً: على كل مأذون أن يقدم للمحكمة الجزئية التابع لها ما لديه من دفاتر الزواج والطلاق كل شهر مرة لتفتيشها، والاطلاع عليها، سواء أباشر شيئًا من العقود في هذه المدة أو لم يباشر. وعلى من يقوم بالتفتيش أو الاطلاع أن يدون ذلك بحاشية آخر وثيقة انتهى إليها العمل في الدفتر.

ثانيًا: تحدد المحكمة الجزئية الأيام التي يحضر فيها المأذونون التابعون لها لتفتيش دفاترهم أو الاطلاع عليها، على أن يتولى المراجعة أو التفتيش كاتب غير الكاتب المعهود إليه تحصيل الرسوم في المحاكم التي يوجد بها أكثر من كاتبين.

ثالثًا: على المحاكم الجزئية أن تعني عناية تامة بما يأتي:

(أ) بمراجعة أعمال المأذونين فيما يختص بالعقود المجانية، وتنفيذ ما قضاه منشور الوزارة الصادر بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩١٣.

(ب) ببحث ٥% شهريًا من مجموع العقود الأخرى، والتحري عن حقيقة

المهور ومراجعتها على الجداول المقدمة من المأذونين.

(ج) بالتحري عن عمل المأذون إذا مضت مدة ثلاثة أشهر لم يقيد فيها عقود زواج، وكانت حالته تدعوا إلى الريبة.

رابعًا: على قلم كتاب المحكمة عند قيامه بالتفتيش الشهري على أعمال المأذون طبقًا للفقرة الأولى من هذا المنشور أن يتحقق من مطابقة العقود أو الاشهادات الواردة بالدفاتر للإخطارات الواردة عن العمدة.

خامسًا: إذا ارتابت المحكمة في أعمال المأذون، أو ورد لها إخطار عن حصول زواج أو طلاق لم يرصده بالدفتر، وجب عليها الإسراع في إجراء تحقيق دقيق لكشف الحقيقة وأن ترفع أوراق التحقيق في أقرب وقت إلى المحكمة الكلية للتصرف فيه.

سادسًا: جميع مأذوني الصحارى والواحات- عدا من كان منهم مقيمًا بمقر المحكمة الشرعية- معفون من الذهاب إلى المحكمة شهريًا لإجراء التفتيش المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذا المنشور، اكتفاء بإجراء هذا التفتيش بالكيفية المتقدمة مرتين في السنة إحداهما أول يناير والثانية في أول يوليو.

سابعًا: ينفذ هذا المنشور بالدقة من تاريخ نشره على المحاكم(٢٢٥).

(٢٢٥) من منشور الوزارة رقم [illegible] المبلغ للمحاكم في ١٩٣٢/٥/٩.

الفصل الثالث

واجبات المأذونين والموثقين المنتدبين
الخاصة بعقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة

١١٩- من المهم هنا أن ندرس واجبات المـأذونين والمـوثقين المنتـدبين، الخاصة بعقود الزواج، وكذلك باشهادات الطلاق والرجعة. ثم واجباتهم التـي قررتها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

ولذلك نقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: واجبات المأذونين والموثقين المنتدبين الخاصة بعقود الزواج.

المبحث الثاني: واجبات المأذونين والموثقين المنتدبين الخاصـة باشـهادات الطلاق والرجعة.

المبحث الثالث: واجبات المأذونين والأزواج والمطلقين طبقًا لأحكام القـانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

المبحث الأول

واجبات المأذونين والموثقين المنتدبين

الخاصة بعقود الزواج

أولاً: التحقق من شخصية الزوجين والخلو من الموانع الشرعية والقانونية:

١٢٠- تقضي المادة (٣٣) من لائحة المأذونين[٢٢٦]، بأن:

"على المأذونين قبل توثيق العقد أن يتحقق من شخصية الزوجين بالإطلاع في البطاقة الشخصية أو العائلية وإن لم يكن للزوجة بطاقة يجب أن تكون شخصيتها ثابتة بمستند رسمي أو بشهادة شاهدين لكل منهما بطاقة، وعليه أن يتحقق من خلو الزوجين من جميع أنواع الموانع الشرعية والقانونية، وأن يعتمد على ما تضمنته البطاقة من بيانات الحالة المدنية. ويثبت بالوثيقة رقم بطاقة الزوج وجهة صدورها، كما يثبت ذلك بالنسبة للزوجة إن كانت لها بطاقة وعليه إثبات جهة ورقم قيد كل من الزوجين".

ومؤدي هذا النص، أن على المأذون- أو الموثق المنتدب- أن يتحقق من شخصية الزوجين، وذلك بالإطلاع على البطاقة الشخصية أو العائلية لكل منهما، فإن لم تكن للزوجة بطاقة، فإنه يمكن التحقق من شخصيتها بأي مستند رسمي، أو بشهادة شاهدين يملك كل منهما بطاقة (شخصية أو عائلية).

---

(٢٢٦) مستبدلة بقرار وزير العدل الصادر في ١٩٦١/٦/٢٥، وتقابلها المادة (٢٧) من لائحة الموثقين المنتدبين المعدلة بقرار وزير العدل الصادر في ١٩٦١/١٢/٢٥.

وعلى المأذون- والموثق المنتدب- أن يتحقق من خلو الزوجين من جميع الموانع الشرعية والقانونية، كخلو الزوجة من الأزواج وعدتهم، أو أن تكون بينهما حرمة مؤقتة أو مؤبدة، كما لو كانت الزوجة أخت للزوج من الرضاعة، أو النسب، وألا يزوج مطلقة لم تنقض عدتها بعد، أو مخطوبة للغير وأن يعتمد على ما تضمنته البطاقة من بيانات الحالة المدنية.

وعلى المأذون- والموثق المنتدب- أن يثبت بالوثيقة رقم بطاقة الزوج وجهة صدورها، كما يثبت ذلك بالنسبة للزوجة، إن كانت لها بطاقة، وأن يثبت كذلك جهة ورقم قيد كل من الزوجين. ومفاد النص المتقدم أيضًا- وقبل توثيق عقد الزواج- أن يتحقق المأذون أو الموثق المنتدب، من شخصية الزوجين، كأن يكونا معروفين له، أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بمستند رسمي أو بشهادة شاهدين معروفين له، أو لكل منهما بطاقة شخصية أو عائلية، أو يتحقق من خلو الزوجين من جميع الموانع الشرعية والقانونية.

ثانيًا: شروط زواج اليتيمات القاصرات ذوات المعاش أو المرتب أو المال:

١٢١- تنص المادة (٣٣/أ) من لائحة المأذونين[٢٢٧] على أنه:

"لا يجوز مباشرة عقد زواج اليتيمات القاصرات اللاتي لهن معاش أو مرتب في الحكومة أو لهن مال تزيد قيمته على (مائتي جنية)، إلا بعد

(٢٢٧) مضافة بقرار وزير العدل الصادر في ١٩٥٦/١٢/٢٤، وتقابلها المادة (٣١) من لائحة الموثقين المنتدبين.

صدور تصريح من محكمة الأحوال الشخصية. ويجب إخطار الجهة التي تتولى صرف المرتب أو المعاش بالعقد.

ولا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا (القانون) [٢٢٨]، ما لم يكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثماني عشرة سنة وقت العقد"[٢٢٩].

وقد جاء بالكتاب الدوري رقم (٥٥) لسنة ١٩٦٤ من إدارة النيابات (أحوال شخصية للولاية على النفس)، المبلغ للنيابات في ١٩٦٤/٧/١٩، بأنه تبين لدى مراجعة إخطارات تعديل بيانات المعاشات التي تصرف من الهيئة العامة للتأمين والمعاشات أن الهيئة العامة المذكورة قد تأخرت في قطع بعض معاشات الآنسات اللاتي تزوجن وذلك نتيجة لعدم إخطارها بواقعة الزواج من الجهة المختصة بالإشراف على عملية توثيق العقود مما ترتب عليه صرف مبالغ بدون وجه حق.

ولما كان المستفاد من لائحة المأذونين والموثقين المنتدبين أنه يجب على كل من المأذون والموثق المنتدب، عند مباشرة عقد زواج اليتيمات القاصرات اللاتي لهن مباشرة معاش أو مرتب في الحكومة، إخطار الجهة التي تتولى صرف المرتب أو المعاش بعقد الزواج.

(٢٢٨) المقصود لائحة المأذونين التي تصدر، وتعديلاتها، بقرار من وزير العدل بالتفويض من المشرع.

(٢٢٩) وتقابل هذه الفقرة، المادة (٢٨) من لائحة الموثقين المنتدبين، المعدلة بقرار وزير العدل الصادر في ١٩٦١/١٢/٢٥.

لذلك، يجب التنبيه على المأذونين والموثقين المنتدبين بضرورة الإخطار في حالات زواج صاحبات المرتب أو المعاش، طبقًا لنص اللائحتين المشار إليهما.

ثم جاءت الكتب الدورية لإدارة النيابات- الكتاب رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٥ بتاريخ ١٩٦٥/٩/٢٢، والكتاب رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٦- كي تؤكد على التزام المأذونين والموثقين المنتدبين بإخطار الهيئة العامة للمعاشات، بحالات الزواج المشار إليها، وذلك في اليوم التالي لعقد الزواج، وأن على أقلام الكتاب مراعاة تنفيذ ذلك، والتحقق منه عند مراجعة دفاتر الزواج.

ثالثًا: التحقق من بلوغ الزوجين سن الزواج:

١٢٢- كانت المادة (٣٣أ) من لائحة المأذونين تتفق مع ما جاء بالمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، بوجوب ألا تقل الزوجة عن ست عشرة سنة، وسن الزوج عن ثماني عشرة سنة وقت العقد. وكان حساب السنوات يتم وفقًا للتقويم الهجري.

وقد تم تعديل هذا الحكم بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، حيث نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن المواعيد تحسب بالتقويم الميلادي[٢٣٠].

وقد تم تعديل قانون الطفل رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦، في سنة ٢٠٠٨، وقرر أن سن الزواج هي ثماني عشرة سنة للزوج والزوجة[٢٣١].

---

(٢٣٠) تنص المادة (١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، على أن: "تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي".

ومن المهم الإشارة أن قانون العقوبات ينص في مادته (٢٢٧)- المعدلة بالقانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٢، على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنية كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونًا لضبط عقد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقًا كذلك، في ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق. ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنية كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون".

فما هي وسائل إثبات بلوغ أحد الزوجين السن القانونية؟

تقضي المادة ٣٤ من لائحة المأذونين[٢٣٢] بأن: "يعتمد المأذون في معرفة بلوغ أحد الزوجين السن القانونية على شهادة الميلاد أو أي مستند رسمي آخر يثبت فيه تاريخ الميلاد على وجه اليقين أو شهادة طبية يقدر فيها السن ويبين فيها تاريخ الميلاد الاعتباري، وذلك إلا إذا كان طالبا الزواج بحال تؤكد بلوغه السن القانونية.

(٢٣١) تنص المادة (٣١مكررًا) من القانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨ (بتعديل بعض أحكام قانون الطفل على أنه: "لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة". الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ مكرر، في ١٥ يونيه، سنة ٢٠٠٨.

(٢٣٢) المستبدلة بقرار وزير العدل الصادر في ١٩٦٢/١١/٥، والمنشور بالوقائع المصرية، العدد ١٧.

ويشترط في الشهادة الطبية أن تكون صادرة من تفتيش الصحة أو المجموعة الصحية أو المركز الاجتماعي، وأن تلصق بها صورة شمسية لطالب الزواج يوقع عليها وعلى الشهادة بخاتم الجهة الرسمية التي صدرت عنها وبإمضاء الطبيب الذي أجرى تقدير السن ويبصم على الشهادة بإبهام اليد اليمنى للطالب.

أما بالنسبة إلى أهالي النوبة ومحافظات الوادي الجديد والبحر الأحمر ومرسى مطروح وسيناء، فيكتفي بتقديم شهادة ببلوغ السن القانونية من اثنين من الأقارب مصدقًا عليها من العمدة أو نائبه".

رابعاً: مراعاة خصوصية بعض الفئات عند توثيق عقود الزواج:

١٢٣- أشارت لائحة المأذونين ولائحة الموثقين المنتدبين إلى فئات معينة، يجب على المأذون أو الموثق عند إبرام عقود زواجها أن يراعي استيفاء إجراءات قانونية محددة، وتتمثل هذه الفئات في الآتي:

١- توثيق عقود زواج المجندين بالجيش والسواحل والبوليس والسجون والخفراء والسجانين والسجانات:

١٢٤- تنص المادة (٣٥) من لائحة المأذونين[٢٣٣] على الآتي:

---

(٢٣٣) معدلة بالقرارين الوزاريين الصادرين في ١٩٥٥/١٢/٢٩ و١٩٥٧/٩/٣٠؛ وتقابلها المادة (٢٩) من لائحة الموثقين المنتدبين.

"لا يجوز توثيق عقود زواج أحد من العساكر وضباط الصف والكونستابلات والصولات التابعين لمصلحة السواحل أو لمصلحة الحدود أو الذين في خدمة الجيش إلا بترخيص من المصلحة التابع لها الزوج. وكذلك لا يجوز توثيق عقود زواج الممرضين بمصلحة السجون ذكورًا وإناثًا إلا بترخيص من المصلحة المذكورة.

ولكل من هؤلاء أن يراجع المطلقة رجعيًا بدون ترخيص.

ولا يجوز توثيق عقود زواج أحد من العساكر وضباط الصف والكونستابلات والصولات التابعين للبوليس أو مصلحة السجون والخفراء النظاميين بالسكة الحديد وعساكر الخفر السيارة والسجانين والسجانات بمصلحة السجون إلا بترخيص من المصلحة التابعين لها، وذلك في حالة الاقتران بزوجة ثانية".

ونستطيع أن نستخلص من هذا النص الأحكام الآتية:

(١) إن هناك فئة من النظاميين ليس للمأذون- أو الموثق- أن يوثق عقود زواجهم إلا بترخيص من الجهة التابع لها الزوج، وهم:

العساكر وضباط الصف، والكونستابلات[٢٣٤]، والصولات التابعين لمصلحة السواحل، أو لمصلحة الحدود، أو الذين في خدمة الجيش أو المرضين (ذكورًا

(٢٣٤) لم تعد توجد هذه التسمية ضمن الهيكل النظامي للجيش والشرطة.

وإناثًا) بمصلحة السجون. ولكل ممن ذكروا (من الذكور) أن يراجع المطلقة رجعيًا بدون ترخيص.

(٢) وهناك فئة أخرى، ليس للمأذون- أو الموثق المنتدب- أن يطلب ترخيصًا من الجهة التي يتبعها الزوج إلا في حالة الاقتران بزوجة ثانية، وهم: العساكر وضباط الصف والكونستابلات، والصولات التابعين للبوليس (أي الشرطة الآن)، أو مصلحة السجون والخفراء النظاميين بالسكة الحديد وعساكر الخفر السيارة والسجانين والسجانات بمصلحة السجون.

٢- زواج المطلقة، وإشهاد الطلاق الصادر من جهة أجنبية:

١٢٥- نقض المادة (٣٦) من لائحة المأذونين[٢٣٥]، بأنه:

"لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد زواج مطلقة بزوج آخر إلا بعد الإطلاع على إشهاد الطلاق أو حكم نهائي به. فإذا لم يقدم للمأذون شيء من ذلك، وجب عليه رفع الأمر للقاضي التابع له والعمل بما يأمر به. ويذكر في العقد تاريخ الطلاق ورقم وثيقته أو الجهة التي حصل أمامها أو تاريخ الترخيص الصادر بتوثيق العقد.

وإشهاد الطلاق الصادر من جهة أجنبية يجب أن يكون مصدقًا عليه من وزارة العدل".

(٢٣٥) وتقابلها المادة (٣٠) من لائحة الموثقين المنتدبين.

ومؤدى هذا النص أنه يجب على المأذون أن لا يوثق زواج مطلقة بزوج آخر، إلا بعد الإطلاع على إشهاد الطلاق أو حكم نهائي به فإذا كان الحكم ابتدائيًا غيابيًا فيرفق بالحكم شهادة من محكمة الاستئناف العليا بعدم حصول استئناف، فإن طعن فيه بالاستئناف، فيرفق به شهادة تفيد رفض الاستئناف. فإن لم يقدم للمأذون شيء من ذلك، وجب عليه رفع الأمر إلى القاضي التابع له والعمل بما يأمر به. ويجب عليه أن يذكر في العقد تاريخ الطلاق ورقم وثيقته والجهة التي حصل أمامها، أو تاريخ الترخيص الصادر بتوثيق العقد.

وإشهاد الطلاق الصادر من جهة أجنبية يجب أن يكون مصدقًا عليه من وزارة العدل. ويجب التنبيه على عموم المأذونين- والموثقين المنتدبين- بأنه إذ قدمت لهم أحكام لأجل الزواج بمقتضاها، فعليهم أن يطلبوا من صاحب الحكم شهادة من المحكمة دالة على عدم حصول طعن في الحكم بطريق الاستئناف ومضي ميعاده، وعليه لزم النشر لمراعاته وإبلاغه للمحاكم الجزئية(٢٣٦).

ويقدم للمأذون- أو الموثق المنتدب- عقود أنكحة ووثائق طلاق صادرة من جهات خارجية عن القطر المصري، فيقبلونها على علاتها بدون تثبت من كونها رسمية أو غير رسمية، وبما أن التعويل على هذه الأوراق أو عدم التعويل عليها، يستدعي أبحاثًا مراجعها في آخر الأمر إلى وزارة العدل.

---

(٢٣٦) منشور الوزارة المبلغ للمحاكم في ١٩٢١/٣/٤ برقم ٢٦٤٨.

فترى الوزارة التنبيه على سائر مأذوني عقود التابعين لمحكمتكم بأن لا يقبلوا أوراقاً من هذا القبيل، ولا يعملوا بمقتضاها إلا إذا كان مصدقًا عليها من الوزارة، ولذا اقتضى نشره للعمل بمقتضاه(٢٣٧).

ولقد تقرر أن الحكم بإسقاط نفقة العدة، يقوم مقام التحري وإشهاد الطلاق، ولذلك يجوز للمأذون إجراء عقد زواج مطلقة على غير مطلقها بمقتضاه(٢٣٨).

كما تقرر أن من تزوجت بورقة عرفية، ثم طلقت بورقة عرفية أيضًا، وأرادت الزواج بآخر زواجًا موثقًا، فلا مانع من التحري عن صحة هذا الزواج وهذا الطلاق العرفي، وسماع أقوال الشهود الذين يعرفون الحقيقة في محضر رسمي بالمحكمة، ثم التصريح للمأذون المختص بإجراء العقد(٢٣٩).

٣- توثيق عقد زواج من توفى عنها زوجها:

١٢٦- تنص المادة (٣٧) من لائحة المأذونين(٢٤٠)، على أنه:

"لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد زواج من توفى عنها زوجها إلا إذا قدمت مستندًا رسميًا دالاً على الوفاة، فإن لم تقدم، امتنع المأذون عن العقد إلا

(٢٣٧) منشور الوزارة المبلغ للمحاكم في ١٩٢١/٢/٢٣؛ برقم ١٥.

(٢٣٨) كتاب وزارة العدل لمحكمة طوخ في ١٩٢٧/١٢/٧.

(٢٣٩) كتاب وزارة العدل لمحكمة مصر في ١٩٣٧/٥/١٧ برقم ١٤٦١.

(٢٤٠) وتقابلها المادة (٣٢) من لائحة الموثقين المنتدبين.

بإذن من القاضي، ويذكر في الحالة الأولى تاريخ الوفاة، وفي الحالة الثانية تاريخ الإذن.

ولا تعتبر تراخيص الدفن مستندًا في إثبات الوفاة، وأوراق الوفاة الصادرة من جهة أجنبية يجب التصديق عليها من وزارة العدل".

ومؤدى هذا النص، أنه يلتزم أن يقدم للمأذون- أو للموثق المنتدب- لإجراء عقد زواج المتوفى عنها زوجها مستند رسمي دال على الوفاة. وهو المستخرج من مكاتب الصحة يفيد الوفاة وتاريخها، أو إعلامًا شرعيًا بالوفاة والوراثة وتاريخها، أو حكمًا بفقد الزوج في رحلة صيد بالبحر، أو شهادة من وزارة الدفاع بفقد مجند في حرب وما إلى ذلك.

ولا تعتبر تصاريح الدفن مستندًا رسميًا في إثبات الوفاة.

وفي حالة عدم قيد المتوفى بدفاتر الوفيات، فيجب على طالبة الزواج تقديم إذن من القاضي يصرح بإجراء هذا العقد، وهذا الإذن يعطي للطالبة بعد عمل التحريات من جانب المحكمة عن حدوث الوفاة.

ويجب على طالبة الزواج أن تقدم للمأذون- أو الموثق المنتدب- أيضًا وثيقة زواجها من المتوفى، ويؤخذ عليها إقرار بأنها ظلت باقية في عصمة زوجها إلى حين وفاته، وأنها لم تتزوج غيره من بعده.

أما أوراق الوفاة الصادرة من جهة أجنبية، فإنه يجب التصديق عليها من وزارة العدل حتى يمكن الاحتجاج بها وأخذها في الاعتبار.

وتعتبر شهادة الوفاة من الأوراق الرسمية، وكذلك إعلام الوراثة وإعلام الوصية. وكل ما يدل على الوفاة من الأوراق الرسمية التي لها أصل في إحدى جهات الحكومة[٢٤١].

ويجوز الاعتداد بسركي المعاش في الدلالة على وفاة الزوج، والترخيص لامرأة المتوفى بالزواج[٢٤٢].

ولا يجوز التعويل على شهادة الوفاة الصادرة من محكمة أجنبية (خارج مصر) إلا بعد التصديق عليها من السلطات المختصة (وزارة العدل)[٢٤٣].

وقد قضى منشور وزارة العدل رقم (٦) لسنة ١٩١٨، بأن من توفى عنها زوجها، ولم يقيد بدفتر وفيات وزارة الصحة (السجل المدني) ورغبت في الزواج، يتحرى عن وفاته بواسطة المحكمة، ثم تكلف طالبة الزواج باستخراج شهادة سلبية من وزارة الصحة (السجل المدني)، إلا أن الشهادة السلبية لم تعد تصلح دليلاً على الوفاة ولا على تاريخها.

لذلك ترى وزارة العدل الاكتفاء بالتحري الإداري في هذه الحالة عن الوفاة، وعدم التكليف باستخراج الشهادة السلبية، فنبلغكم ذلك للعلم والعمل به

(٢٤١) منشور الوزارة المبلغ للمحاكم في أول يونيه ١٩١٥.

(٢٤٢) كتاب الوزارة لمحكمة قليوب في ١٩١٨/٣/١٠.

(٢٤٣) كتاب الوزارة لمحكمة الزقازيق في ١٩٢١/٥/٥.

ونشره على المحاكم الجزئية التابعة للمحكمة(٢٤٤). كما لوحظ عند التفتيش نظاميًا على أعمال المأذونين والموثقين المنتدبين، فيما يتصل بعقد المتوفى عنها زوجها بمناسبة الزواج التالي، أن بعض أقلام كتاب نيابات الأحوال (نفس) لا تراعي أن تقدم المأذون أو الموثق ما يثبت زوجية الزوجة بزوجها المتوفى، بالإضافة إلى تقديم مستخرج الوفاة. ولما كان الأمر يقتضي ضرورة تقديم ما يثبت تلك الزوجية بورقة رسمية، مما يجيز الإثبات بها كوثيقة أو قرار تحقيق الوفاة والوراثة أو قرار الوصاية.

لذلك، ندعو المأذونين والموثقين المنتدبين وأقلام كتاب نيابات الأحوال الشخصية (نفس) إلى التزام ما تقدم، وعلى السادة المفتشين الإداريين مراقبة تنفيذ ذلك، وإثباته في تقاريرهم، وسيؤخذ بكل شدة من يخالف هذه التعليمات(٢٤٥).

خامسًا: إخطار المأذون العمدة أو المديرية أو المحافظة بما تم من عقود زواج وتصادق واشهادات الطلاق:

١٢٧- تنص المادة (٣٨) من لائحة المأذونين أنه:

"على المأذون أن يخطر العمدة أو المديرية أو المحافظة بما تم على يده من عقود الزواج والتصادق عليه خلال سبعة أيام من تاريخ حصولها

---

(٢٤٤) منشور الوزارة المبلغ للمحاكم في ١٩٤٦/١/٢٧، برقم ١٩٣.

(٢٤٥) كتاب دوري رقم ١٦ لسنة ١٩٦٨، المبلغ لأقلام كتاب نيابات الأحوال الشخصية في ١٩٦٨/٥/٢٣.

وعليها أيضًا أن تحظر الجهات المختصة إذا كانت الزوجة تتقاضى معاشًا أو مرتبًا من الحكومة".

كما تنص المادة (٤٢) من لائحة المأذونين أنه[٢٤٦]:

"على المأذون أن يخطر العمدة أو المديرية أو المحافظة بما يوثقه من اشهادات الطلاق إذا كان من وقع عليه الطلاق أجنبيًا وذلك لإخطار القنصلية التابع لها بمضمون الإخطار".

وقد جاء بكتاب الوزارة لمحكمة الزقازيق، أنه يجب على المأذونين في الأقاليم، أن يقوموا بإخطار العمدة عن جميع عقود الزواج واشهادات الطلاق التي يباشرونها بعد إتمامها، على أن يشتمل هذا الإخطار فيما يختص بعقود الزواج على اسم الزوج والزوجة ومقدار المهر المعجل والمؤجل وتاريخ العقد ورقم القسيمة. وفيما يختص باشهادات الطلاق، على وقوع الطلاق واسم الطرفين وتاريخ الإشهاد ورقمه ونوع الطلاق. وعلى العمد أن يرسلوا هذه الإخطارات في آخر كل شهر للمحكمة التابع لها المأذون، ويكون إرسالها في دفتر الأحوال. وإذا علم العمدة بحصول عقد زواج أو إشهاد طلاق لم يخطره به المأذون، وجب عليه إبلاغ ذلك للمحكمة المختصة لإجراء التحقيق[٢٤٧].

---

(٢٤٦) مستبدلة بالقرار الصادر في ١٩٦١/١٢/٢٥.

(٢٤٧) كتاب الوزارة لمحكمة الزقازيق في ١٩٣٢/٦/٢٠ برقم ٣٣٠٥.

من ناحية أخرى، فقد يتزوج المصري بمصرية أو كتابية مصرية أو أجنبية، ويحرر عقد الزواج طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أمام سلطة أجنبية. وبما أن أوراق هذا الزواج قد يستند إليها أمام سلطات مصرية، وذلك يتوقف على معرفة قيمة هذه الأوراق. وبما أن وزارة الحقانية بعد مفاوضة وزارة الخارجية المصرية في ذلك، ترى أن هذه الأوراق تعتبر من الأوراق الرسمية التي يجب الأخذ بها أمام السلطات المصرية بشرط التصديق عليها من السلطات العليا المختصة في البلد التابع لها السلطة التي استصدرت العقد، ثم يصدق على إمضاءات تلك السلطة بالطريقة المتبعة في التصديق على الأوراق الرسمية في الجهة التي يراد التمسك بها أمامها[٢٤٨].

(٢٤٨) كتاب الوزارة المبلغ للمحاكم في ١٩٢٥/١٢/٢٨ برقم ٤٥.

المبحث الثاني

واجبات المأذونين والموثقين المنتدبين

الخاصة بإشهادات الطلاق

أولاً: التحقق من شخصية طالب الطلاق:

١٢٨- تنص المادة (٣٩) من لائحة المأذونين[٢٤٩] على الآتي:

"على المأذون أن يتحقق من شخصية طالب الطلاق بالإطلاع على البطاقة الشخصية أو العائلية- حاليًا بطاقة الرقم القومي- وإذا كان الطالب زوجة لا بطاقة بها، يجب أن تكون شخصيتها ثابتة بمستند رسمي، أو بشهادة شاهدين لكل منهما بطاقة.

وعليه أنم يثبت بالإشهاد رقم بطاقة المطلق وجهة صدورها، كما يثبت ذلك بالنسبة إلى المطلقة الحاضرة إن كانت لها بطاقة. ويقيد الطلاق بنفس الألفاظ التي صدرت من المطلق بغير تغيير فيها.

وإذا كان الطلاق على الإبراء، وجب على المأذون أن يدون بالإشهاد كل ما اتفق عليه أمامه في شأن العوض عن الطلاق".

يستخلص من هذا النص، الأحكام الآتية:

---

(٢٤٩) مستبدلة بقرار وزير العدل الصادر في ١٩٦١/١٢/٢٥.

وتقابلها المادة (٣١) من لائحة الموثقين، التي بدأت بالعبارات الآتية:

"في الأحوال التي تسمح بها شريعة الجهة الدينية التي يتبعها الموثق بإجراء الطلاق، على الموثق المنتدب..." ثم أوردت نفس صيغة المادة (٣٩) من لائحة المأذونين.

١- يكون التحقق من شخصية طالب الطلاق بالإطلاع على البطاقة الشخصية أو العائلية، والتي حلت محلها الآن بطاقة الرقم القومي.

٢- إذا كانت الزوجة هي طالبة الطلاق- ويكون ذلك في حالة ما إذا كان الطلاق (العصمة) بيدها، أو كانت تريد الطلاق على الإبراء أو مقابل نقدي (تعويض) تعرض دفعه للزوج- لا بطاقة لها، فيجب أن تكون شخصيتها ثابتة بمستند رسمي، أو بشهادة شاهدين لكل منهما بطاقة.

٣- يجب على المأذون أن يثبت بإشهاد الطلاق رقم بطاقة المطلق وجهة صدورها، وأن يثبت ذلك أيضًا بالنسبة للزوجة الحاضرة إن كانت لها بطاقة.

٤- يجب على المأذون أن يقيد الطلاق بنفس الألفاظ التي صدرت بدون تغيير فيها.

٥- يجب على المأذون، إذا كان الطلاق على الإبراء، أن يدون بالإشهاد كل ما اتفق عليه أمامه في شأن العوض عن الطلاق.

٦- يمنع على المأذون ذكر قبض مؤخر الصداق أو نفقة العدة، إذ عليه مباشرة إشهاد الطلاق أو الخلع دون التعرض لما ليس من اختصاصه، فإن خالف عوقب، ولا عبرة بذكر القبض لأنه باطل لا يبني عليه حكم[٢٥٠].

---

(٢٥٠) التفسير رقم ٤٣ للائحة الرسوم القديمة.

وبالنسبة لتوثيق اشهادات تطليق غير المسلمين من المصريين المتحدي الديانة والملة والطائفة، فقد صدر منشور وزير العدل بتاريخ ١٩٥٦/١/٢٤، ليوجب على الموثقين المنتدبين، عند توثيق اشهادات طلاق غير المسلمين المتحدي الديانة والملة والطائفة، مراعاة ما تقضي به صراحة المادة (٣٤) من لائحة الموثقين المنتدبين، حيث تقرر في صيغة صريحة، أن الموثق لا يقوم بتوثيق إشهاد الطلاق إلا إذا كانت شريعة الجهة الدينية تجيزه.

"ونظرًا لأن الموثقين المنتدبين كان قد التبس عليهم الأمر في هذا الشأن، فقد اقتضى ذلك إصدار هذا المنشور لمراعاة ما تقدم، ومن ثم فلا يقوم الموثق المنتدب إطلاقا بتوثيق الطلاق، سواء كان بناء على طلب الزوج، أو كان باتفاق الزوجين إلا إذا كانت الشريعة الدينية للطائفة تسمح بإجراء ذلك، فعلى الموثق المنتدب مراعاة كل ما تقدم"[٢٥١].

ثانيًا: التأكد من ثبوت الزواج قبل قيد الطلاق

١٢٩- تنص المادة (٤٠) من لائحة المأذونين[٢٥٢] على أنه:

"لا يجوز للمأذون أن يقيد الطلاق إلا بعد الإطلاع على وثيقة الزواج أو حكم نهائي يتضمنه أو محضر دعوى يثبت تصادق الطرفين على الزوجية. وإذا كانت الوثيقة أو الحكم أو المحضر صادرة أمام سلطة أجنبية، وجب التصديق

(٢٥١) منشور وزارة العدل بتاريخ ١٩٥٦/١/٢٤.

(٢٥٢) تقابلها المادة (٣٥) من لائحة الموثقين المنتدبين.

عليها من الجهة المختصة، والجهة التي صدر فيها واسم من تم على يديه الزواج، أو تاريخ الحكم، وعلى المأذون أن يذكر في إشهاد الطلاق تاريخ عقد الزواج ورقمه أو المحضر ورقم الدعوى واسم المحكمة.

وإذا لم يقدم للمأذون شيء مما ذكر، وجب عمل تصادق على الزوجية قبل إثبات الطلاق".

ونستطيع أن نستخلص من هذا النص الأحكام الآتية:

١- لا يقيد المأذون الطلاق إلا بعد الإطلاع على وثيقة الزواج، أو على حكم نهائي يتضمن حصول الزواج أو على محضر جلسة في قضية يثبت تصادق الزوجين على قيام الزوجية بينهما.

٢- إذا كانت الوثيقة أو حكم المحكمة، أو محضر جلسة القضية قد وقعت أمام سلطة أجنبية، وجب التصديق عليها من الجهة المختصة (الخارجية والعدل) بالتأكيد على الجهة التي صدرت فيها تلك الوثائق واسم من تم الزواج على يديه، أو تاريخ الحكم.

٣- على المأذون أن يورد في إشهاد الطلاق تاريخ عقد الزواج ورقمه أو المحضر ورقم القضية واسم المحكمة.

٤- إذا لم يقدم للمأذون شيء مما تقدم، وجب عم تصادق على الزوجية قبل إثبات الطلاق، وحينئذ تكون الزوجية ثابتة بتصادقهما.

ثالثًا: وجوب التأشير بالطلاق على وثيقة الزواج:

١٣٠- تنص المادة (٤١) من لائحة المأذونين[٢٥٣] على ما يأتي:

"إذا حصل الطلاق على زواج تم توثيقه بمعرفة المأذون نفسه، وكان دفتر الزواج عنده، يؤشر بالطلاق في أصل وثيقة الزواج، وإن لم يتمكن من توثيقه أو كان الدفتر غير موجود عنده يخطر المحكمة لتؤشر في الدفتر أو لتخطر الجهة التي يكون بها العقد لإجراء التأشير أو لتخابر وزارة الخارجية بوساطة وزارة العدل لإخطار قناصل جمهورية مصر العربية بالطلاق إذا كان العقد من توثيقهم لإجراء التأشير".

وتستفاد من هذا النص، القواعد الآتية:

١- إذا كان الطلاق عن زواج تم بمعرفة نفس المأذون- أو الموثق المنتدب- وكان عنده دفتر الزواج، فعليه أن يؤشر بالطلاق في أصل وثيقة الزواج.

٢- فإذا لم يتمكن المأذون- أو الموثق المنتدب- من توثيق الطلاق، أو كان الدفتر غير موجود عنده، فعليه أن يخطر المحكمة لتؤشر في الدفتر.

٣- فإذا كان العقد تم توثيقه بمعرفة أحد قناصل جمهورية مصر في الخارج، فعلى المأذون- أو الموثق المنتدب- اتخاذ ما يلزم من إجراءات لتخابر وزارة العدل وزارة الخارجية لإخطار القنصل بالطلاق لإجراء التأشير.

٤- وعلى المحاكم مراعاة الدقة في التأشير على رصيد الزواج بالطلاق الذي يحصل أمام المحكمة بإشهاد أو بحكم بعد أن يصير نهائيًا.

وإذا كان دفتر الزواج بمحكمة أخرى، تخطر بذلك للتأشير[٢٥٤].

---

(٢٥٣) تقابلها المادة (٣٦) من لائحة الموثقين المنتدبين.

المبحث الثالث

واجبات المأذونين والأزواج والمطلقين طبقا لأحكام القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥

١٣١- إن الواجبات التي تقع على الموثقين المنوط بهم توثيق عقود الزواج واشهادات الطلاق، ليست مجرد واجبات تنظيمية فقط، بل أصبحت واجبات يفرضها القانون، وذلك وفقًا للقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥- بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، حيث أحيطت هذه الواجبات بحماية تقضي بفرض عقوبات الحبس والغرامة والعزل من الوظيفة أو الوقف.

فقد نصت المادة (٢٣) مكررًا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على الآتي:

"يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيًا من الأحكام المنصوص عليها في المادة ٥ مكررًا من هذا القانون.

([٢٥٤]) منشور الوزارة المبلغ للمحاكم في ١٩٦٧/٦/٢٧ برقم ٢٣.

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر في المادة ١١ مكررًا.

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهًا إذا أخل بأي من الالتزامات التي فرضها عليه القانون، ويجوز أيضًا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة".

ولقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ في التعقيب على نص المادة (٢٣) مكررًا ما يأتي:

"التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفي، وتختلف باختلاف الجريمة، وأجاز الفقهاء التعزير بالحبس، ويمكن أن تكون العقوبة الوحيدة، أو يضم إليها عقوبة أخرى كالتغريم، وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية، وأجيزت في مواضع من مذهب الإمام أحمد.

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرغبة منوط بالمصلحة، وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح العامة، فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به في المادة الخامسة مكررًا من هذا الاقتراح يكون أمرًا ذا سند صحيح شرعًا، وكذلك الحال بالنسبة للواجبات المبينة في المادة الخامسة مكررًا.

كما يعاقب الموثق أيضًا إذا أخل بالتزاماته التي فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة (٢/٢٣) مكررًا.، وإذن لا يكفي في الأمور التنظيمية تقريرها، بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره...".

ويتضح من النص السابق أنه تناول ثلاث فئات، هي: الأزواج والمطلقين والموثقين، متى ارتكبوا أفعالاً تقع تحت طائلة العقاب حسبما نص عليه في المادة (٢٣) مكررًا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

أولاً: واجبات الزوج:

١٣٢- وفقًا للمادة (١١) من قانون الأحوال الشخصية المستحدثة بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥، فإن الزوج تقع عليه واجبات، تعد مخالفتها محلا للتجريم والعقاب، من ذلك:

وجوب أن يقر الزوج في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية- (متزوج- غير متزوج- اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته، ومحال إقامتهن)- فإذا كان يجهل محل إقامتها (كأن كانت تقيم خارج البلاد)، فقد انتفى القصد الجنائي عنه بالنسبة لمحل الإقامة.

ثانيًا: واجبات المطلق:

١٣٣- نصت المادة (٥) مكررًا من قانون الأحوال الشخصية، المستحدثة بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥، على إلزام المطلق بأداء أمور ثلاثة:

١- القيام بتوثيق إشهاد طلاقه.

٢- أن يقع هذا التوثيق خلال ثلاثين يوما من حصول الطلاق.

٣- أن يقوم بإرشاد الموثق إلى موطن المطلقة، ما لم تكن حاضـــرة توثيـــق إشهاد طلاقها.

والهدف من تقرير هذه الالتزامات الثلاثة التحقق من وصول إيقـــاع الطلاق إلى علم المطلقة، بحيث إذا لم يرشد الزوج المطلق الموثق إلى موطن الزوجة المطلقة الصحيح، فلا يتحقق غرض الشارع، فإذا كانت الزوجة قـــد غيرت موطنها دون أن يعلم الزوج بالموطن الجديد، فإنه يكون معذورًا، ولا عقاب عليه. أما إذا أخبر الموثق عن عمد، بموطن غير صحيح، بقصد إخفاء الطلاق عن مطلقته، فقد حق عقابه عن هذه المخالفة.

ثالثًا: واجبات الموثق:

١٣٤- يستفاد من المادتين (٥) مكررًا و(١١) مكررًا، أن هنـــاك واجبـــات محددة تقع على الموثق، تتمثل في الآتي:

١- على الموثق أن يتولى توثيق إشهاد الطلاق على نحو ما هو وارد بنص المادة (٥) مكررًا من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقـــم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥.

وقد جاء بالمادة الأولى من قرار وزير العـــدل رقـــم ٣٢٦٩ لـــسنة ١٩٨٥، أن على الموثق المختص بتوثيق إشهاد الطلاق أن يثبت فيـــه بيانـًــا

واضحًا عن محل إقامة المطلقة، ويكون إثبات هذا البيان بإشهادها في حالة حضورها توثيق الإشهاد، وبإشهاد المطلق في حالة عدم حضورها.

٢- على الموثق المختص، في جميع الأحوال، إثبات محل إقامة المطلق في إشهاد الطلاق، وأن يكون الإعلان على يد محضر على النحو الوارد بنص المادة (٥) مكررًا من القانون المذكور.

وجاء بالمذكرة الثانية من قرار وزير العدل، سالف الإشارة إليه، النص على وجوب أن يخطر الموثق بتوثيق الطلاق خلال سبعة ايام من حصول التوثيق.

ونصت المادة الثالثة من القرار المذكور على وجوب أن يتضمن إعلان المطلقة البيانات الآتية:

تاريخ وقوع الطلاق- اسم الموثق الذي وثق إشهاد الطلاق ومقر عمله- رقم إشهاد الطلاق- بيان الطلاق الذي تضمنه الإشهاد- إخطار المطلقة باستلام نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها من الموثق المختص خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإعلان.

٣- يجب على الموثق أيضًا، أن يسلم نسخة من إشهاد الطلاق إلى المطلقة، أو من ينوب عنها (عملاً بالمادة (٥) مكررًا من القانون المذكور)، طبقًا للإجراءات التي نص عليها قرار وزير العدل المشار إليها في المادة الخامسة منه.

وتلزم المادة الخامسة الموثق بتسليم المطلقة- أو من تنيبه عنها- نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصل الإشهاد. فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لاستلامها، وجب على الموثق تسليم النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يومًا من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد بذلك.

٤- كما يوجب القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥، المعدل للقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩- في المادة الحادية عشرة مكررًا- على الموثق توثيق إقرار الزوج في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجًا، فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

وتقضي المادة السادسة من قرار وزير العدل رقم (٣٢٦٩) لسنة ١٩٨٥، بوجوب قيام المختص بتوثيق وثيقة الزواج، بأن يثبت في الوثيقة بيانًا واضحًا عن حالة الزوج الاجتماعية. فإذا كان متزوجًا، فيجب أن يتضمن هذا البيان اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمة الزوج، ومحال إقامتهن، ويثبت هذا البيان من واقع إقرار الزوج.

٥- ووفقًا للمادة (١١) مكررًا من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥، يلتزم الموثق بأن يخطر الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمة الزوج، بالزواج الجديد خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج، وذلك بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول؛ وذلك إذا كانت الزوجة تقيم في مصر، أما إذا كانت تقيم

بالخارج، فيكون الإخطار بالطريق الذي رسمه قانون المرافعات المدنية والتجارية[٢٥٥].

وطبقًا للمادة (١٣) من قانون المرافعات- المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢- فإنه بالنسبة لإخطار الزوجة أو الزوجات التي- أو اللاتي- لها- أو لهن- موطن معلوم في الخارج، فيسلم الإخطار للنيابة العامة، وعلى النيابة العامة إرساله لوزارة الخارجية لتوصيله بالطرق الدبلوماسية. ويجوز أيضًا في هذه الحالة، وبشرط المعاملة بالمثل، تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التي يقع بها موطن المراد إخطارها، كي تتولى توصيله إليها.

أما إذا كان موطن المراد إخطارها غير معلوم، وجب أن تشتمل ورقة الإخطار على موطن معلوم لها في جمهورية مصر العربية، أو في الخارج، وتسلم صورتها إلى النيابة.

رابعًا: جزاء مخالفة الالتزامات والواجبات السابقة:

١٣٥- حددت المادة (٢٣) مكررًا من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥، الجزاءات التي توقع على كل من: المطلق والزوج والموثق، في حالة مخالفة الواجبات والالتزامات السابقة وذلك على النحو الآتي:

---

(٢٥٥) المادة التاسعة من قرار وزير العدل رقم ٣٣٦٩ لسنة ١٩٨٥.

(أ)- بالنسبة للمطلق:

تتمثل الأفعال المؤثمة التي يمكن نسبتها للمطلق في الآتي:

١-عدم توثيق إشهاد الطلاق.

٢-عدم توثيق إشهاد الطلاق في الميعاد المحدد قانونًا.

٣-إخبار الموثق عمدًا بموطن غير صحيح للمطلقة.

٤-إخفاء الطلاق على المطلقة.

وفقًا للنص المشار إليه، فإن عقوبة المطلق، إذا ارتكب إحدى هذه المخالفات تكون:

الحبس لمدة لا تتجاوز ستة أشهر، والغرامة التي لا تتجاوز مائتي جنية أو إحدى هاتين العقوبتين، ويتم الإثبات في هذه الحالات وفقًا للقواعد العامة، وذلك بالنسبة لمن يتحمل عبء الإثبات، وأدلة الإثبات، بحيث يكون عبء الإثبات على المدعي، كما يمكن أن يتم الإثبات هنا بكل طرق الإثبات.

(ب) بالنسبة للزوج:

يكون الزوج مرتكبًا للمخالفات المؤثمة، إذا ثبت إدلاؤه، للموثق، ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية، كأن يخبره أنه غير متزوج في حين أنه متزوج، أو يدلي ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة زوجته أو

زوجاته أو مطلقته، مخالفا بذلك الواجبات المفروضة عليه بمقتضى المادة (١١) مكررًا من القانون المشار إليه.

في هذه الحالات يكون الزوج مرتكبًا لجنحة، حيث قررت المادة (٢٣) مكرر من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥، أن العقوبة تكون: الحبس لمدة لا تتجاوز ستة أشهر، والغرامة التي لا تتجاوز مائتي جنية، أو هاتين العقوبتين، وهو نفس الجزاء المقرر بالنسبة للمطلق.

وقد قصد المشرع من تأثيم هذه الأفعال المنسوبة للزوج- وفقً لما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١٠) لسنة ١٩٨٥، إلى مواجهة: "مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة، وهي مشكلة اجتماعية يتعين علاجها، فإن المشرع رأى أن يكون تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى نوعًا خاصًا من الضرر ينص عليه، وهو في نطاق القاعدة العامة للتطليق للضرر، فإذا لحق الزوجة الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى، كان لها طلب التطليق للضرر..." [٢٥٦].

(جـ)- بالنسبة للموثق:

نظرًا لخطورة الدور الذي يقوم به الموثق، رأى المشرع أن يشدد من عقوبته بقدر أكبر مما تقرر بالنسبة لكل من المطلق والزوج.

---

(٢٥٦) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥.

فنصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٣) مكررًا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، على معاقبة الموثق على إخلاله بواجباته المفروضة عليه، والمبينة في المادتين (٥) مكررًا و(١١) مكررًا، من هذا القانون: بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهًا، من غير تخيير كما هو الشأن بالنسبة للمطلق والزوج. كما أجاز القانون أيضًا توقيع عقوبتين تكميليتين هما: العزل من وظيفته، أو الوقف عن مزاولتها لمدة لا تجاوز سنة.

وحسنا فعل المشرع بهذا التشديد مع الموثق- المأذون أو الموثق المنتدب- حتى يحد من الانحرافات التي قد تقوم في هذا المجال الخطير، ويتلافى الآثار السيئة لهذه المخالفات التي تؤدي دون شك إلى ضياع حقوق الزوجات والمطلقات.

وما نود الإشارة إليه هنا، أن إثبات هذه المخالفات التي يمكن أن تنسب إلى الموثق- سواء أكان المأذون أو الموثق المنتدب- يتم بكافة أدلة الإثبات، باعتبارها أفعالاً مادية مؤثمة.